



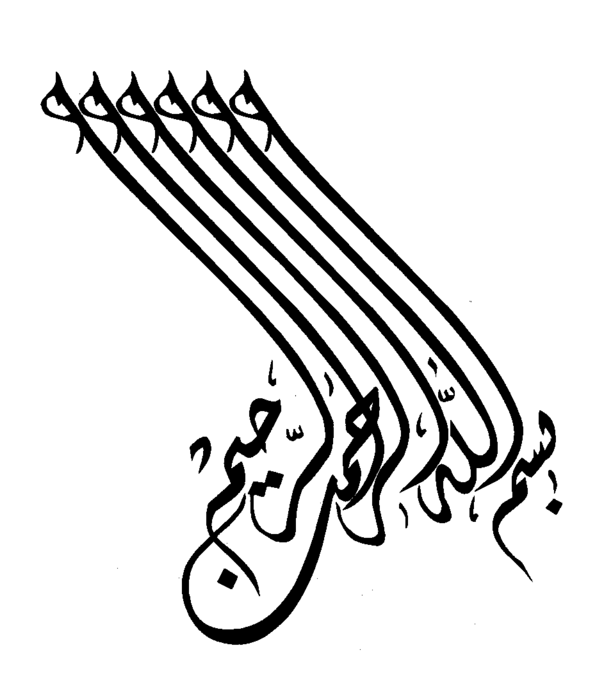
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية

الأصول الاجتهادية
التي يبنى عليها المذهب المالكي

تأليف
الدكتور حاتم باي

الإصدار العشرون




بسم الله الرحمن الرحيم



أصلُ هذا الكتاب أطروحة دكتوراه، في تخصُّص الفقه وأصوله، أُجيزَتْ بكلية الشَّريعة بالجامعة الأردنية. وقد حاز الباحثُ بها الشَّهادةَ بدَرجة ممتاز. وأوْصَتْ لجنة المناقشة بطباعة الكتاب، وتداوُله بين الجامعات والمؤسَّسات العلمية.





وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية

أسست عام ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م

الوعي الإسلامي

AL-Waei AL-islami

مجلة كويتية شهرية جامعة

تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت
في مطلع كل شهر عربي

الطبعة الأولى

١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

الإصدار العشرون

١٤٣٢ هـ - ٢٠١١م

الموقع على الإنترنت	www.alwaei.com
البريد الإلكتروني	info@alwaei.com

العنوان

ص.ب ٢٣٦٦٧ الصفاة ١٣٠٩٧ - الكويت

هاتف: ٢٢٤٦٧١٣٢ - ٢٢٤٧٠١٥٦ - ١٨٤٤٠٤٤ - فاكس: ٢٢٤٧٣٧٠٩

الاشراف العام
رئيس التحرير
فيصل يوسف أحمد العلي

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد

الحمد لله الذي خلق السَّماواتِ والأرضَ، وجَعَل الظُّلماتِ والنُّور، ثمَّ الذين كَفَروا بربِّهم يَعدِلون!

الحمدُ لله على كريم نَعمائه، وسابغ آلائه؛ لكَ الحمدُ يا رَبِّ على فَضْلك العَميم، وعطائك الموصول الجزيل، وبِرِّك التامّ، وخيرك العامّ. أحمدُك ربِّي -والحمدُ من نَعْماك- على ما وَفَّقتَ وأعنْتَ، وأمدَدْتَ وأحسَنْتَ.

وأُصلِّي وأُسلِّم على خير خَلْقك، وخاتم رُسْلِك؛ نبيِّك المجتبى، ورسولِك المختار المصطفى؛ أكرمِ الخلق طُرًّا، وأتقَى البَريَّة خُلقًا وبِرًّا؛ وعلى آل بيته الطَّاهِرين، وصَحْبه حُماةِ الدِّين؛ وبعد:

لقد زَخَرَ المذهبُ المالكيُّ بسعَة اجتهاداتِ أهله، ورَحابة أفق أئمَّته؛ واتَّسَمَ بمواتاته لطبيعة التَّغيُّرات الظَّرفيَّة التي تحدث بين الخلق، ممَّا جَعَلَه مذهبا مرِنا، يَسري فيه ماءُ الحياة؛ ومذهبا حيويا، تتردَّدُ بين جَنَباتِه المصالح واعتبارُها؛ ذلك أنَّ هذا المذهبَ يرتكِزُ على دعائمَ اجتهاديَّةٍ كفلَتْ له هذه الحيَّويَّة، وأمدَّته بتلك السّعة، وبثَّت فيه هاتيك المرونة. لذلك كان المذهبُ المالكيُّ أوَّلَ مذهب ارتبط اسمُه بمقاصد الشَّريعة، فليست تنطلِقُ هذه التَّسميةُ إلَّا

ويَبْدُر إلى خَلَد السَّامع وذهنِه هذا المذهبُ بما يُمثِّلُه من اجتهاداتٍ حَفيلَةٍ بلَحْظ مَقاصدِ الشَّرع، واعتبارِ مصالح الخلق.

وإذا كانت هذه الخصائصُ لهذا المذهب مُستمَدَّةً من تلك الدَّعائم الاجتهاديَّة التي خَلَعَت عليه هذه الخِلَعَ الجليلة، وأَضْفَت عليه هذا الرَّوْنَق البَهِيّ-: فإنَّها لخليقةٌ بأنْ تكون محلًّا للتَّناول بالدِّراسة العلميَّة المنهجيَّة؛ التي تُبيِّنُ مفهومَ هذه الأصول، ومدى أثرِها في حياةِ هذا المذهب ورُواته؛ وحيويَّته وغَنائه، والبحث في التَّفصيلات التَّكوينيَّة لتلك الأصول الاجتهاديَّة؛ وذلك بقصد التَّعرُّف على المنهج الذي يَجْري عليه التَّفريعُ والتَّخريجُ الفقهيُّ في هذا المذهب.

ومن أهمِّ ما حَثَّني على هذه الدِّراسة: ما للأُصول الاجتِهادية في المذهب المالكيِّ من تعلُّقات وَثيقة بمقاصد الشَّريعة الإسلامية؛ إذْ ليس خافيًا أنَّ هذا المذهب هو المذهب المُجَلِّي في مِضْمار علم المقاصد، حيثُ تَجرَّد أقطابُ المذهب لتقرير هذا العلم وتَحْريره، وتدوينه وتقعيده، وكان للمذهب المالِكيِّ في ذلك كلِّه أثرٌ بارِزٌ، ومَيسَمٌ لائِح؛ وإنَّك لا تكاد تَجِدُ مسألةً من مسائل ذلك العلم، وإلَّا وتُلْفي في تضاعيف التقرير والتحرير استِدْلالاتٍ من المذهب، وتَمْثيلات ببعض الفروع المقرَّرة فيه. فكانت دِراسَةُ الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي، مما يُوقِفُ الناظِرَ في علم المقاصد والباحثَ فيه على الخِطَط التشريعية التي تتمثَّل فيها مقاصِدُ الشريعة، ويَستبين من خِلالها المناهِجَ التي يكون على

أساسها الاستنادُ لمقاصد الشَّرْع في بناء الحكم الاجتهادي؛ ذلك أنَّ الاستِمساكَ بالمقاصد لا يكون إلَّا على وَفْق قَوانين يُسارُ عليها، وأصول تَحْكم وتضبط طُرَقَ الأخذ بها؛ وإلَّا فإنَّ الأمر يؤول إلى ضرب من الفوضى، ويُفضي إلى تفلُّتاتٍ من أحكام الشَّرْع وضَبْطه؛ ويُصيِّر المرءَ من أنْ يكون مُتشرِّعًا إلى أنْ يكون شارِعًا!

● **مُشكلة الدراسة:-**

وتتمثَّلُ مُشكلةُ الدِّراسة في الأمور الآتية:

أوَّلا: ما مفهومُ كلّ أصل من الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيِّ من حيثُ مضمونُه، وعناصرُه التَّكوينيَّة التي يقوم على أساسها هذا المفهوم؟

وما مَدَى الاتِّفاق بين المالكيَّة في تحديد مفهوم هذه الأصول تضييقًا وتوسيعا؟ وما هو التَّحقيق في هذا الخلاف؟

ثانيا: ما موقعُ المصلحة في الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ؟ وما هي تمثُّلاتها في ذلك؟ وما محلُّ مقاصد الشَّريعة من الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ؟

ثالثا: ما الضَّوابِطُ والمُوَجِّهات التي وَضَعَها المالكيَّة في الأخذ بهذه الأصول لتَضبط مسارَ الاجتهاد الفروعيّ؟

رابعا: ما المجالاتُ التي يكون فيها إعمالُ كلِّ أصلٍ من الأصول الاجتهاديَّة، فهل هذه الأصول تتعلَّقُ بباب معين كالعبادات أو باب المعاملات، أم أنَّها تعُمّ كلَّ أبواب الفقه؟

خامسا: ما المَدارِكُ الحقيقيَّة لهذه الأصول الاجتهاديَّة، وما

الأدلَّةُ النَّاهضة بحجيَّتها؟

سادِسًا: هل هناك علاقةٌ قائمةٌ بين الأُصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ؟ أم أنَّ هذه الأصولَ أصولٌ مُتباينة فيما بينها، أم أنَّ هناك علاقةً وَجْهيَّة، وارتباطًا نسبيًّا بينها؟

● **الخطة المتبعة في دراسة الموضوع**:-

وقد تُنووِلَتْ هذه الدِّراسةُ في خمسة فصول دراسيَّة: فخصصتُ الفصل التَّمهيدي لبيان مفهوم الأصول التي يُبنى عليها المذهب المالكي، وإحصاءِ هذه الأصول لَدَى المذهب المالكي، وأنواعِ هذه الأصول وأقسامِها؛ ثمَّ أبنتُ عن الخصائص التي تتميَّزُ بها أصول المذهب المالكيّ والسِّمات التي تُستلوَحُ منها.

ثمَّ درستُ كلَّ أصل من الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ في فصل خاصّ به؛ مُبرِزًا في كلٍّ ذلك حقيقةَ الأصل الاجتهاديِّ ومفهومَه والمضمونَ الذي هو دالٌّ عليه في المذهب.

ثمَّ بحثتُ كلَّ أصلٍ واحتجاجَ المالكيَّة به، ومدى بنائهم للفُروع عليه، والتَّحقيقَ في نِسبة هذا الأصل أو ذاك إلى مالِكٍ وأصحابه، وبَيانَ الشّروط والقُيود التي وَضَعَها المالكيَّةُ لإعمال هذه الأصول، والموجِّهاتِ التي نَصبوها في طريق الأخذ بها، كما تناولتُ مجالاتِ إعمال هذه الأصولِ وميادينَ تطبيقها وإجرائها.

وبعدها أبنتُ عن مدارِكِ اعتبار هذا الأصول، مُتلمِّسا أقوى المدارك وأسدَّها، وأمتنها في الحجة وأثبتها؛ وأتيتُ في طريق ذلك على دفع بعض ما أُورِدَ على المالكيَّة من اعتراضات أو

استشكالات على هذه الأصول.

وقفَّيتُ ذلك بالكَشْف عن العَلائق التي تربِطُ الأصولَ الاجتهاديَّةَ فيما بينها.

وختمتُ كلَّ فَصْلٍ من هذه الفُصولِ بالتَّمثيل ببعض الأمثلة التَّطبيقيَّة لهذه الأصول، وكنتُ في انتقائي لهذه الأمثلة -في الأغلب- أمِيلُ إلى الأمثلة غيرِ المطروقة في كتب الأصول، كما أنِّي حَرَصْتُ فيها أنْ يكون منها فَتاوٍ من المتأخِّرين؛ ليُوقَفَ على مَدى امتداد أثرِ هذه الأصول في المسيرة التَّاريخيَّة للمذهب المالكيِّ.

ثمَّ ذيَّلتُ البحثَ بعَرْض أهمِّ ما توصَّلَتْ إليه الدِّراسةُ من نتائجَ وتوصيات.

● **منهجيَّة البحث:-**

قد اعتمدت في هذه الدِّراسة على المنهج التَّحليليِّ بقسميه التَّفسيريِّ والاستنباطيِّ اللَّذين يقومان على أساس تحليل الآراء والنصوص وتعليلها، وبيان جهة المُدْرَك فيها.

ثمَّ إنَّ الدِّراسةَ كانت سالِكةً في تناولها للموضوع مسالك منهجيَّة تكفُل لها حُسْنَ الطَّرح، وجَودةَ التَّناوُل؛ فكانت ناهجة في ذلك ما يلي:

السَّعيُ للتَّدليل على التَّأصيل بكلام أهل المذهب، وبالشَّواهِدِ التَّطبيقيَّة؛ ما وَسِعَني الأمر، وأسعفني الجهد.

إبرازُ مَدارِك المالكيَّة في كثير من الأمثلة ببيان مُدركهم من

كلامهم بالنَّصّ؛ ليكون أدلَّ على المراد، وأدنى إلى الغرض المنشود إثباتُه.

كان الجانِبُ التَّطبيقيُّ للأصول الاجتهاديَّة يَتجسَّدُ في ناحيتين: الأولى: الأمثلة التَّطبيقيَّةُ التي أوردتُها في تضاعيف التَّناوُل التَّأصيليِّ؛ لتكون دالَّةً على ما أُقرِّرُه. والنَّاحية الأخرى: أنِّي أفردْتُ لكلِّ أصلٍ اجتهاديٍّ أمثلةً تطبيقيَّة تُبرز اعتمادَ المالكيَّة على هذه الأصول في فِقهِهم الفُروعيّ.

هذا؛ ولستُ أدّعي في هذا الجهدِ صَوابًا ولا كمالا، ولستُ أزعم لنفسي عِصمةً من الزلل أو الخطل؛ وحسبي أنّي قد استفرغْتُ الجهدَ، وبذلتُ مُنتَهَى الطَّاقة.

وصلَّى الله وسلَّم على خير الخَلْقِ محمَّد بنِ عبد الله، وعلى آله الطَّاهِرين، وصحابتِه أجمعين، ومَنْ تَبِعَهُم بإحسان إلى يوم الدِّين.

والحمدُ لله المُجزِلِ بالعطايا أوَّلاً وآخِرًا.

حاتم باي

عَمَّان، الأُردنّ/ جوان ٢٠٠٦م.

E-mail: hattim.bey@gmail.com

الفصل التمهيدي

أصولُ المذهبِ المالِكيِّ: مفهومًا، وإحصاءً، وأنواعًا، وخصائصَ

وفي هذا الفصل ثلاثة مباحث؛ وهي:

- **المبحث الأول**: مفهوم أصول المذهب المالكي.
- **المبحث الثاني**: أصول المذهب المالكي: إحصاؤها، وأنواعها.
- **المبحث الثالث**: خصائصُ أصول المذهب المالكي.



المبحث الأول

مفهوم أصول المذهب المالكي

إعطاءُ مفهوم لأصول المذهب المالكي يتوقف على تعريف كلٍّ من «أصول» و«المذهب المالكي»؛ وهذا ما سأبحثه فيما يلي:

المطلب الأوَّل

الأصل: مفهومُه لغة واصطلاحا

● **أوَّلا: مفهوم الأصل لغة:**

الأصْل: أسْفلُ الشَّيء، يُقال: قَعَد في أصْل الجَبَلِ، وأصْلِ الحائِطِ، وقَلَعَ أَصْلَ الشَّجَر؛ ثم كَثُر حَتّى قيل: أصْلُ كُلِّ شَيءٍ: ما يَستَنِدُ وُجودُ ذلك الشَّيءِ إليه، فالأبُ أَصْلٌ للوَلَدِ، والنَّهرُ أَصْلٌ للجَدْوَلِ[1].

وجمع أصْلٍ أُصول، لا يُكسر على غير ذلك[2].

---

(١) الزبيدي، تاج العروس ٧/ ٣٠٦-٣٠٧.

(٢) الزبيدي، تاج العروس ٧/ ٣٠٧.

ويُقال: أصَّلَ الأُصولَ، كما يُقال: بَوَّبَ الأبْوابَ، ورَتب الرتَبَ[١]. قال المُناوِيُّ: أَصَّلْتُه تَأْصِيلاً: جَعَلْتُ له أَصْلاً ثابِتًا يُبنى عليه[٢].

● **ثانيا: مفهومُ الأصل اصطلاحا:**

قد وقع لفظُ الأصل في اصطِلاح العلماء من الفُقهاء والأصوليِّين على مَعانٍ مُختلفة ومَفاهيمَ متنوِّعةٍ؛ وفي هذا الموضع أذكرُ أبرزَ هذه المعاني الدَّائرة في كلامهم:

أوَّلا: الصُّورةُ المقيس عليها: مِنْ أشهر إطلاقات الأصل الوارِدة في كلام أهل العلم: الصّورةُ المقيسُ عليها؛ فالأصل ركنٌ من أركان القياس، وهو الصّورة التي يكون القياسُ عليها، ويلحق حكمها بالفرع للعلَّة المشتركة بينهما[٣].

ثانيا: الرُّجْحان: ومن الإطلاقات الشَّائعة كذلك: إطلاقُ الأصل بمعنى الرُّجحان؛ كقولهم: الأصلُ في الكلام الحقيقة، أي: الرَّاجِحُ عند السَّامع هو الحقيقة لا المجاز[٤].

ثالثا: المخرج: ومن الإطلاقات الخاصَّة: إطلاقُ الفَرَضيِّينَ الأصلَ على مَخرَج المسائل في مسائل المواريث، كقولهم: أصلُ

(١) الزبيدي، تاج العروس ٧/ ٣٠٧.

(٢) الفيومي، المصباح المنير ١/ ١٦.

(٣) القرافي، شرح تنقيح الفصول ١٦، نفائس الأصول ١/ ١٥٧، الزركشي، البحر المحيط ١/ ٢٦، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ١٥-١٦.

(٤) القرافي، شرح تنقيح الفصول ١٥-١٦، نفائس الأصول ١/ ١٥٧، الزركشي، البحر المحيط ١/ ٢٦.

المسألة من كذا[١].

رابعا : القاعدةُ المستمِرَّة: ومن معاني الأصل: القاعدة المستمِرَّةُ، كقولهم : إباحةُ الميتة للمضطرِّ على خِلاف الأصل[٢].

خامسا : خلاف التَّعبّد: وقد يُطلِقُ العلماء في بعض المسائل أنَّ مسألة كذا خلاف الأصل، ويُريدون من ذلك أنَّها على التَّعبُّد الذي لا يَجْري عليه قِياسٌ، كقولهم: إيجابُ الطَّهارة بخروج الخارج على خلاف الأصل؛ يُريدون أنه لا يَهتدي إليه القياسُ[٣].

سادِسًا : الغالبُ في الشَّرع: كذلك يُطلِقون «الأصل» على ما عُلِمَ وُروده في الشَّرع على سبيل الغالب. والخُلوصُ إلى كون هذا الأمر غالبًا في الشَّرْع إنَّما يكون باستِقْراء مَوارِد الشَّرع[٤].

سابعًا : الاستصحاب: ومن أشْهَر إطلاقات «الأصل»: إطلاقُه على معنى الاستصحاب، أي: استمرارُ الحكم السَّابق في الزَّمن الحالي أو المستقبَلي، كقولهم: الأصلُ بقاءُ ما كان على ما كان، حتَّى يوجَد المُزيلُ له[٥].

ثامنا : الدَّليل: وأشهَرُ الإطلاقات وأكثرُها ذُيوعا على ألسنة العلماء وأقلامهم: إرادَةُ الدَّليل من إطلاق لفظة: «الأصل»،

---

(١) الزركشي، البحر المحيط ١/ ٢٧.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ١/ ٢٦.

(٣) الزركشي، البحر المحيط ١/ ٢٧.

(٤) الزركشي، البحر المحيط ١/ ٢٧.

(٥) الزركشي، البحر المحيط ١/ ٢٧.

كقولهم: أصلُ هذه المسألة من الكتاب والسّنة، أي: دَليلها. ومنه «أصول الفقه»، أي: أدلته[1]. وهذا المعنى هو المرادُ في هذه الدِّراسة؛ فأعني بالأصول الاجتهادية التي يُبْنَى عليها المذهب المالكيُّ: **الأدلَّةَ الكليَّةَ النَّظريَّةَ التي كان مذهبُ المالكيَّة بانِيًا فقهَه عليها.**

(١) القرافي، شرح تنقيح الفصول ١٥-١٦، الزركشي، البحر المحيط ١/٢٦. وانظر إطلاق المالكية للأصل على هذا المعنى عند السِّجلماسِيِّ في شرح اليواقيت الثمينة ٢/٧٠٦-٧٠٨.

المطلب الثاني

مفهوم المذهب المالكي

● **أولا: تعريف المذهب لغة:**

«المذهَب» من: ذَهَبَ يَذْهَبُ، ذَهابًا (بالفَتْحِ ويُكْسَرُ)، وذُهُوبًا، ومَذْهَبًا؛ فهو ذاهِبٌ وذَهُوبٌ: سارَ أو مَرَّ[(١)].

والمَذْهَب: الطَّريقةُ، يُقال: ذَهَب فلانٌ مَذْهَبًا حَسَنًا، أي: طريقةً حَسَنةً[(٢)].

ومن المجاز: المَذْهَبُ: المُتوَضَّأُ، لأنَّه يُذْهَبُ إليه، وهو مَفْعَلٌ من الذَّهَاب[(٣)].

ومن المجاز: المَذْهَبُ: المُعْتَقَد الذي يُذهَب إليْهِ. وذَهَب فلانٌ لِذَهَبِه، أَي: لِمَذْهَبِه الذي يَذْهَب فيه[(٤)].

فالمذهبُ مَصدرٌ ميميٌّ للفعل ذَهَبَ، وهو صالح لحادث الذَّهاب ومكانه وزمانه. والمعنى الذي يَعنينا من هذه المعاني: هو مكانُ الذَّهاب ومحلّه؛ لأنَّ المذهَب الذي يُنسَبُ لعالم من العلماء

---

(١) الزبيدي، تاج العروس ٢/ ٤٤٩، ابن منظور، لسان العرب ١/ ٣٩٣.

(٢) الزبيدي، تاج العروس ٢/ ٤٥٠، ابن منظور، لسان العرب ١/ ٣٩٣.

(٣) الزبيدي، تاج العروس ٢/ ٤٥٠، ابن منظور، لسان العرب ١/ ٣٩٤.

(٤) الزبيدي، تاج العروس ٢/ ٤٥٠، ابن منظور، لسان العرب ١/ ٣٩٤.

هو مَحلٌّ لذَهاب اجتِهاده، فيُقالُ مذهبُ مالك، ففيه تشبيهٌ للأحكام التي ذَهَبَ إليها واعتقَدَها بطَريق يُوصِلُ إلى المقصود، واستُعيرَ اسمُ المشبَّه به للمشبَّه على طريق الاستعارة التَّصريحيَّة الأصليَّة، والجامعُ بينهما التَّوصّلُ للمقصود في كلٍّ[١].

● **ثانيا: مفهوم المذهب اصطلاحا:**

المقصودُ من «المذهب» في الاصطلاح: هو مجموعُ الآراء الاجتهاديَّة لإمام من الأئمَّة الذين دُوِّنَتْ آراؤهم وحُرِّرت، وما تَلاه من اجتهادات أصحابِه على وَفْق قواعده وأصوله تَخْريجًا وترجيحًا[٢].

فالمذاهِبُ التي تُعزَى للأئمَّة ليست خالصةً لهم، بحيث لا تجِدُ فيها إلَّا رأيا صَدَرَ عنهم، واجتهادا عُزِيَ إليهم؛ بل إنَّ حقيقة المذهب هو ما اشتمل على اجتهادات إمام المذهب وعلى اجتهادات أتباعه من تلامذته ومَنْ تلاهُم، بشَرْط أَنْ تكون هذه الاجتهاداتُ صادِرةً عن قواعد الإمام وأصوله، بما يجعل الاجتِهادَ منسوبا للمذهب ومَعزُوًّا إليه؛ فمذهبُ المالكيَّة -مثلا- هو مذهبُ الإمام مالك بن أنس في آرائه الاجتهاديَّة، ومذهبُ ابن القاسم، وأشهبَ، وابنِ وَهْب، وأصبغَ بنِ الفرج، والقاضي إسماعيلَ،

---

(١) الصاوي، بلغة السالك ١/ ١٦، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٢٤، النفراوي، الفواكه الدواني ١/ ٢٤، الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ١/ ١٢١، اللقاني، منار أصول الفتوى ٢٢١.

(٢) انظر تعريفا مقاربا لما ذكرته عند: العدوي، حاشيته على شرح الخرشي، ١/ ٣٥.

وابنِ أبي زيدٍ القيروانيِّ، والمازَريِّ، وابنِ رشد، وابنِ الحاجب، والقَرَافيِّ، والشَّاطبيِّ، وخليلٍ، والخِرشيِّ، والعَدَوِيِّ، إلى غيرهم من علماء المذهب وفُقهائه. فالنَّوازِلُ التي أفتى فيها المالكيَّةُ على وَفْق قواعد مالك تُنسَب لمذهب المالكيَّة، ولا تُعدُّ خارجةً عنه؛ ما دامت هذه الفتاوى مُتفرِّعةً من قواعد الإمام التي ارتضاها لنفسه في الاجتهاد، وبَنَى مذهبَه عليها.

ومن دلائل كون المذهب شامِلا لآراء غير الإمام، أنَّ المالكيَّة في بعض الفُروع يَعتمِدون قولَ ابنِ القاسم ويَترُكون قولَ الإمام مالِكٍ نفسِه، ثمَّ إنَّهم يَعدُّون ما اعتَمدوه من مذهبهم المالكيّ، مع أنَّ إمامهم الذي يَتَّبعونه قال بخلاف ما نَسبوه إلى المذهب؛ وهذا يُنبئ عن شُمول اصطِلاح المذهب لما هو أعمُّ من اجتهادات الإمام، ليَندرِجَ فيه اجتهاداتُ المتَّبِعين له[١]. كما حُفِظَ عن ابن القاسم في مسائل أخَذَ فيها بالقول المرجوع عنه من مالِكٍ، مع روايته ذلك كلّه عنه؛ ثم نجد المالكية ينقلون ذلك في كتبهم، ورُبَّما عوَّلوا على بعضها[٢].

ومِن شرط ما يُعزَى للمذهب أيِّ مذهبٍ أنْ يكون من قَبيل الأحكام الاجتهاديَّة؛ أمَّا الأحكامُ القطعيَّةُ التي لا محلَّ للنَّظر فيها، فلا اختصاصَ لمذهب بها دون مذهب[٣].

---

(١) انظر في هذا المعنى: اصطلاح المذهب، ٢٣.

(٢) انظر في ذلك ما ذَكَره ابنُ عَرَفة في المعيار، ٦/ ٣٧٤-٣٧٦.

(٣) القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ١٩٩-٢٠٠، عليش، منح الجليل ١/ ١٩، اللقاني، منار أصول الفتوى ٢٢٢-٢٢٣.

وللمالكيَّة المتأخِّرين اصطلاحٌ في إطلاق لفظة «المذهب» في كتبهم الفقهيَّة، فهُم يُريدون بها إذا ما أجْروها في كلامهم: «المعتمَد المفتى به لَدَى علماء المذهب»، من باب إطلاق الشَّيء على جُزئه الأهمّ، نحو قوله ﷺ: «الحجُّ عرفة»[1]؛ لأنَّ ذلك هو الأهمّ عند الفقيه المقلّد[2].

وإذا استبان لنا مفهومُ كلّ من «الأصول» و«المذهب المالكي»، فالمرادُ من الأصول التي يُبنى عليها المذهَبُ المالكي: الأدلَّةُ الكليَّةُ التي يُؤسَّسُ عليها فقهُ المالكيَّة إمامًا وأتباعًا.

---

(١) الترمذي في كتاب الحج، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج، رقم: ٨٨٩، والنسائي، في كتاب الحج، باب فرض الوُقوف بعرفة، رقم: ٣٠١٦، وابن ماجه، في كتاب المناسك، باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع، رقم: ٣٠١٥، وأحمد في المسند، رقم: ١٨٠٢٣. وابنُ خُزيمة في الصَّحيح (٤/ ٢٥٧/ ٢٨٢٢) وابنُ حبان في صحيحه (٣٨٩٢)، والحاكم في المستدرك (٣١٠٠)، وقال: «حديث صحيح ولم يُخرِّجاه». وفي صَحيح ابن حِبَّان: قال سُفيانُ بن عيينة لسفيان الثوري: «ليس عندكم بالكوفَة حديثٌ أشْرَف ولا أحسن من هذا!».

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٢٤، النفراوي، الفواكه الدواني ١/ ٢٤، الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ١/ ١٢١، اللقاني، منار أصول الفتوى ٢٢١.

المبحث الثَّاني

أصولُ المذهب المالكي:
إحصاؤها، وأنواعها

المطلب الأول

إحصاءُ أصول المذهب المالكي

لم يَنصّ مالك على كلِّ أصوله؛ لكنَّ المالكيَّة ممَّن جاؤوا بعده اعتنوا ببيان الأصول التي كان مالِكٌ يصدُر عنها في اجتهاده الفقهيّ، والتي تعدّ أُسسا في المرجعيَّة التَّدليليَّة لمذهبه، وكان الأساس الذي اعتُمد في عمليَّة الوُقوف على هذه الأصول: هو استقراءُ الفروع والاستدلالات الجزئيَّة والنَّظرُ فيها لتلمُّح أصول المذهب، واستخلاص المنهج الاجتهاديِّ للإمام، فخلصت المالكيَّة إلى جملة أدلَّة وأصول نَسبوا لمالك وأصحابه كونَها الأعمدةَ التَّدليليَّةَ التي بُنِيَ المذهبُ عليها.

ولقد اهتمَّ غيرُ واحِدٍ من المالكية بتَعْداد الأدلة التشريعية التي بُنِيَ عليها مذهبُ مالِكٍ؛ لكنَّ النَّاظر في إحْصاء هذه الأصول لدى المالكيَّة يَلْحَظُ اختِلافًا في عدد الأصول التي عَزَوْها لمذهبهم؛ فمن المالكيَّة مَنْ جعل أصولَ المذهب أربعةَ أصول؛ ومنهم بَلَغ بها

العشرين دليلا وأصلا؛ وبين هذا الإحصاء وذاك إحصاءاتٌ تتردَّد بينهما.

والسَّببُ الذي أدَّى إلى هذا الاختلاف في عمليَّة الإحصاء ما بين مُقتصِد في العدِّ وبين مُبالِغ، يَرجِعُ في نظري إلى أسباب أُجملُها فيما يلي:

أوَّلا: أنَّ بعض المالكيَّة في تَعدادهم لأصول المذهب لم يلتزموا الاستيعابَ ولا قَصَدوه؛ وإنَّما كان غرضُهم ذكر أهمّ الأصول وأجلاها في المذهب.

ثانيا: بعضُ المالكيَّة يجعل بعضَ الأصول عامَّة بحيث تشمل أصولا أُخرى مُفرَدَة عند غيرهم، فمثلا نجِدُ أنَّ ابنَ العربيّ عدَّ من جُملة الأصول: «الاجتهاد»؛ وهو شامل ولا شكّ لكثير من الأصول كالاستحسان وغيره. ومن العُلماء من يعُدّ «الاستدلال المرسل» من جملة «القياس»، فذِكْرُ القياس في أصول مالك يُجزِئُ عن ذكر «الاستدلال المرسل» مُفرَدًا، لأنَّه من مَشمولاته. ومثلُ ذلك مَنْ جَعَلَ «مُراعاة الخلاف» من قَبيل «الاستحسان»، فذِكْرُ «الاستحسان» في جملة أصول مالكٍ مُغنٍ عن التَّنصيص على «مُراعاة الخلاف». وهذا يرجع -فيما أحسِبُ- إلى تطوُّر المصطلحات في علم أصول الفقه والاتِّجاه إلى التَّمييز -ما أمكن- بين المعاني المختلفة ولو كان الاختلافُ جزئيّا؛ فالمتقدِّمون مثلا يُطلقون مصطلح «الرَّأي» على الاجتهاد الذي خَرَجَ عن الاستدلال المباشر من الكتاب والسنة والإجماع، وهو عند المتأخِّرين يَشمَل

أصولا كثيرة، كالاستصلاح، والاستحسان، وسدّ الذرائع. .

ثالثا: ومن جملة هذه الأسباب الاختلافُ بين المالكيَّة في الاعتِداد ببعض الأصول وعدِّها من جملة أدلَّة الشَّرع، وعدم الاعتِداد بها، فمَنْ جَعَلَها دليلا من أدلَّة الشَّرع في المذهب أدخلها في سِلْك أُصول المالكيَّة، ومَنْ خالف لم يُدرجها في إحصائه، مثل: قول الصحابيِّ.

رابعا: ومن جملة هذه الأسباب كذلك القُصورُ في الإحصاء من بعض العُلماء في تَعداد أصول المالكيَّة، فليس مَن التزم الاستيعابَ في الإحصاء تمَّ له ذلك؛ لأنَّ للتَّقصير مَدخلا في عمليَّة الإحصاء، إذْ هي عمليَّة اجتهاديَّة تتعلَّق بالنَّظر.

وستتناول الدِّراسة تتبُّع ما أحصاه المالكيَّة من أصول مذهبهم متبعةً في ذلك التَّسلسُل الزَّمنيَّ لهذه الإحصاءات:

● **الإحصاء الأول:**

قد أُثِرَ عن مالك رحمه الله التَّنصيصُ على بعض أُصوله، وذلك في بيانه للأدلَّة التي يجبُ على القاضي أنْ يكون مُستنِدًا إليها في الحكم الذي يصدُر عنه في قضائه. والقضاءُ لونٌ من ألوان الاجتهاد، وأصولُ الأدلَّة التي يَرجع إليها القاضي هي الأصولُ نفسُها التي تكون لدى المجتهد في إفتائه.

قال ابنُ أبي زيد في كتاب «النوادر والزيادات»: «ومن كتاب سحنون:

قال مالك: وليحكم بما في كتاب الله، فإنْ لم يكن فيه فبما

جاء عن رسول الله ﷺ إذا صحبته الأعمالُ، فإذا كان خَبرًا صَحِبت غيرَه الأعمالُ قَضَى بما صَحِبته الأعمالُ، فإنْ لم يَجِدْ ذلك عن رسول الله ﷺ فبما أتاه عن أصحابه إن اجتَمَعوا، فإن اختَلَفوا حَكَم بِمَنْ صحبت الأعمالُ قولَه عنده، ولا يُخالفهم جميعا ويَبتدِئ شيئا من رأيه، فإنْ لم يَكُنْ ذلك فيما ذكرنا اجتَهَدَ رأيه وقاسَه بما أتاه عنهم، ثُمَّ يقضي بما يجتمع عليه رأيُه...»[١].

فمُجمَلُ ما تحصَّل من النَّصّ السَّابق، أنَّ أصول الأدلَّة التي يجب على القاضي أنْ يكون مُستنِدًا إليها فيما يُبرِمُه من حكم، وفيما يَقطعه من قضاء:

أولا: أنْ يحكم بما في كتاب الله.

ثانيا: الاعتمادُ على العمل المدني؛ لأنَّ العمل عنده مُقدَّمٌ على أخبار الآحاد[٢].

ثالثا: أنْ يحكم بالسّنة، وشرطُ الأخذ بها أنْ لا تُعارض عَمَلا مدنيا.

رابعا: الإجماعُ أصلٌ فلا يجوز مخالفته، سواء كان الإجماعُ

---

(١) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ٨/ ١٥-١٦. كذا جاء النص منسوبا لمالك في كتاب ابن سحنون، لكنْ جاء النصُّ في «المجموعة» منسوبا لسَحنون، انظر المصدر السابق. وانظر عند: ابن رشد، البيان والتحصيل ٩/ ١٩٠-١٩١، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٦٤-٦٥. وسواءٌ كان النصُّ عن مالِكٍ أو عن سحنون، فسَحنون يَجْري فيما يَقوله على منهج مالك، ويَتأثّر خُطاه.

(٢) قال ابن رشد: «...وهذا معلوم من أصول مذهب مالك أن العمل مقدم على أخبار الآحاد العدول». البيان والتحصيل ٩/ ١٩٠.

إجماعَ الصَّحابة أو إجماعَ مَن بعدهم.

خامِسًا: النَّظر والاجتهاد بالرأي والقياس على الأصول. وهذا آخِرُ الأصول التي أُشير إليها في النَّصّ السابق. ويُلحَظُ أنَّ هذا الأصل ليس خاصّا بالقياس بمفهومه الخاصّ عند المتأخِّرين؛ بل إنَّه شاملٌ لمسالك الاجتهاد بالرَّأي، كالاستِدْلال المرسَل، والاستحسان، وسدّ الذرائع.

فتحصَّل من أقدم إحصاء لأصول مالك خمسةُ أصول مُعتمدةٌ في المذهب المالكي، على سَعة الأصل الأخير في مَضْمونه الذي يَشمَله.

● **الإحصاء الثاني**:

قال أبو عبيد الجبيري (ت ٣٧٨هـ): «إذْ كان - أي مالك - لا يَعدل في اختياراته عن (١) **ظاهر كتاب الله**، (٢) **وسنة رسوله عليه السلام**، (٣) **واتفاق الأمة**، (٤) **وإجماع أهل المدينة**... ثم إذا عَدِم نصَّ الكتاب والسنة واتفاق الأمَّة وإجماع أهل المدينة، (٥) فَزَعَ إلى **العبرة**... فهذه جُملةُ أصول العلم السَّمعية عنده رحمه الله، وهذه أحد الأحكام الشرعية لتي لا يسع الراسخ أن يعدل عنها وأن يطلب الحق فيما سواها، ولا يجوز للمتعلم مع الإمكان أن يتعلم ما به الحاجة من غير جهتها.

(٦) وقد تَرِدُ له رحمه الله نُصوصٌ في حوادث **عَدَلَ فيها عن الأُصول التي أصَّلَها**: إمَّا لخفاء العِلَّة فيها التي تُوجب البناءَ عليها، وتضطرّ إلى الرد إليها؛ أو **ضَرْبٍ من المصلحة**، إذْ كان من مذهبه رحمة الله عليه (٧) **الحكم بالأصلح** فيما لا نَصَّ فيه، ما لم

يَمنَع من ذلك ما يُوجِبُ الانقياد له. . .»[١].

وهذا النصُّ الجليلُ من الجُبيري -وهو في القَرْن الرابع، وقد أخذ عن أئمة المدرسة العراقية، وعلى رأسهم الشيخ أبو بكر الأبهري-، قد أفادنا بأصول مذهب مالِكٍ، فالأصولُ الخمسة الأولى: هي الكتاب، والسنة، والإجماع، وإجماع أهل المدينة، والقياس (العبرة).

ثُمَّ بيَّن مَسْلَكًا لمالِكٍ جَرَى عليه، وهو العُدولُ عن أُصوله في بعض المسائل، تَعْويلاً على ضَرْبٍ من المصلحة، وهذا هو الاستحسانُ المصلحيُّ، الذي سيأتي بيانه في محلِّه. ثم بيَّن أصلا سابعا وهو الحكم بالمصلحة، حيث لم يَجِدْ في نصًّا ولم يَدْفَعه دليل معتبر يرجع إليه. لكنَّ الجبيري لم يجعل المسلكين الأخيرين في جملة الأصول السمعية، بل إنَّه اختـار عَدَمَ التعويل على ما خَرَجَ عن الأصول.

● **الإحصاء الثالث:**

قال القاضي ابن العربي: «**فأُصول الأحكام خمسة**: منها أربعة مُتَّفقٌ عليها من الأمَّة: الكتاب، والسّنة، والإجماع، والنَّظرُ والاجتهاد؛ فهذه الأربعةُ. والمصلحَةُ، وهو الأصلُ الخامسُ الذي انفرد به مالك رضي الله عنه دونهم، ولقد وُفِّقَ فيه من بينهم»[٢].

---

(١) الجبيري، التوسط بين مالك وابن القاسم، [نقلا من ملاحق مقدمة ابن القصَّار، تحقيق السليماني، ٢١٢-٢١٣].

(٢) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٦٨٣، المسالك في شرح موطإ مالك بن أنس ٥/ ٤٣٦، لكن بدل «النظر»: «الاستنباط».

فأصولُ الأدلَّة في المذهب المالكيّ عند ابن العربي خمسةٌ، أربعةٌ متَّفقٌ عليها بين علماء الأمَّة، وأصلٌ اختصَّت به المالكيَّة؛ فالأول: الكتاب، والثاني: السّنة، والثَّالث: الإجماع، والرابع: النَّظر والاجتهاد، والخامس: المصلحة.

والذي يُلاحَظُ على إحصاء ابن العربيّ مع الإحصاء الأوَّل أنَّه عدَّ المصلحة أصلا مُستقِلّا، في حين لم يُذكر في الإحصاء الأوَّل، اكتفاءً بمُطلَق «الاجتهاد والنَّظر».

وممَّا يَلفِتُ النَّظرَ كذلك أنَّ ابن العربيّ لم يُدْرج ضِمْنَ أصول الأحكام: أصلَ مالِكٍ في العَمَل المدنيّ. ولعلَّ ترك ابن العربيِّ لذِكْر هذا الأصل لاندراجه في أصل السّنَّة؛ لأنَّ العَمَل المدني النَّقليَّ الذي يَحتجُّ به أكثرُ المالكيَّة هو في الحقيقة من شُعَب الاحتجاج بالسّنة، قال ابن خَلْدون عن مالِكٍ: «واختصَّ بزيادة مُدْرك آخرَ للأحكام غير المَدارك المعتبرة عند غيره، وهو عَمَلُ أهل المدينة؛ لأنَّه رأى أنَّهم فيما يتَّفقُون عليه من فِعْلٍ أو تَرْك مُتابِعون لمن قبلهم ضرورة، لدينهم واقتدائهم، وهكذا إلى الجيل المباشِرين لفعل النَّبيِّ ﷺ الآخِذين ذلك عنه، وصار ذلك عنده من أصول الأدلَّة الشَّرعيَّة. وظنَّ كثيرٌ أنَّ ذلك من مسائل الإجماع، فأنكره... ومالكٌ رحمه الله تعالى لم يَعتبِر عملَ أهل المدينة من هذا المعنى، وإنَّما اعتبره من حيث اتِّباعُ الجيل بالمشاهدة للجيل إلى أنْ يَنتهي إلى الشَّارع صلَواتُ الله وسَلامُه عليه... ولو ذُكِرَت المسألةُ في باب فِعْل النَّبيِّ ﷺ وتقريره، أو مع الأدلَّة المختلف

فيها، مثل مذهب الصحابي، و شرع من قبلنا، والاستصحاب-: لكان أليقَ بها»[١].

وعلى رأي المُخالِفين من المالكية، مِمَّن جعل العَمَل المدنِيَّ المستنِدَ للاجتِهاد من الحُجَج عند مالِكٍ، نقول: إنَّ العمل المدني -كذلك- من قَبيل الوِراثة التي تَناقَلَها أهلُ المدينة؛ لأنَّ العمل الاستدلاليَّ الذي يَحتجُّ به، هو ما كان زَمَنَ الصحابة رضي الله عنهم، الذين شاهَدوا التنزيل، وحَضَروا الخِطاب، فاتِّفاقُهم على أمر يَندرج في المأثور من السنة، أوْ هو مُلْحَقٌ بالإجْماع لِمَكان التشابُه بينهما، فالإجْماعُ اتِّفاقُ علماء الأمَّة على قول، والعَمَلُ المدنِيُّ إجماعُ أهل المدينة على أمر؛ على أنَّ بين إجماعِ الأُمَّة والعملِ المدني اختلافا ليس يَخْفى.

أمَّا عَدَمُ ذِكْر ابنِ العربيِّ **للاستحسان**، فلأنَّ الاستحسان في أغْلَب مَعانيه عند مالِكٍ هو تخصيصٌ للعامِّ أو القياس بالمصلحة، كما فسَّره به ابنُ العربي نفسُه[٢]. ومنه فإنَّ الاكتِفاء بالتَّنصيص على المصلحة يُغني عن التَّنصيص على الاستِحسان، إذْ هو راجعٌ إلى اعتبار المصلحة والتعويل عليها.

وممَّا يُلحظ كذلك على إحصاء ابن العربيِّ أنَّه أهمل بعض الأصول التي نصَّ هو على أنَّها من أصول مالك في مَواضع من كتبه، كما سيأتي نَقلُه عنه، **كسدّ الذَّرائع** مثلا؛ قال القاضي ابنُ

(١) ابن خلدون، المقدمة ٨٠١-٨٠٢.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨-٢٧٩.

العربي في سَوقه للأصول التي تُبْنى عليها أحكامُ البُيوع: «الأصولُ ستَّةٌ: أربعة من الحديث، واثنان من المعنى. . . وأمَّا المعنى، فإنَّ مالِكًا زادَ في الأصول: **مُراعاة الشّبهة**، وهي التي يُسمِّيها أصحابُنا **الذَّرائع**، وهو الأصل الخامس. والثاني، وهو السادس: **المصلحة**، وهو [في][1] كلّ معنى قامَ به قانونُ الشريعة، وحصلت به المنفعةُ العامَّةُ في الخليقة. ولم يُساعِده على هذين الأصلين أحدٌ من العلماء، وهو في القول بهما أقومُ قِيلا، وأهْدَى سَبيلا»[2].

فنرى كيف جعلَ ابنُ العربيِّ سدَّ الذَّريعة أصلا في مُقابِلِ المصلحة وأخبار الآحاد؛ وهذا يدلُّ على أنَّ إحصاءَ ابن العربيِّ كان قاصِرًا في إهماله لأصل الذَّرائع، وهو من الأصول المعتبرة عنده في مذهب مالك. ولعلَّ ابن العربي اكتفى في ذلك باندراج أصل «سدِّ الذَّرائع» في مفهوم «النَّظَر والاجتِهاد».

● **الإحصاء الرابع:**

قال عِياضٌ في «ترتيب المدارك»: «. . . وأنتَ إذا نَظَرْتَ لأوَّل وَهْلَة مَنازِعَ هؤلاء الأئمَّة، ومآخذَهم في الفقه والاجتهاد في الشَّرع-: وَجدتَ مالكًا ﷺ ناهِجًا في هذه الأصول مَناهجَها، مُرتِّبا لها مَراتبَها ومَدارجَها: مُقدِّمًا كتابَ الله، ومُرتِّبا له على الآثار، ثمَّ مُقدِّمًا لها على القياس والاعتبار، تارِكًا منها ما لم تتحمَّله الثِّقاتُ العارفون لِمَا تحمَّلوه، أوْ ما وَجَد الجمهورَ والجَمَّ

---

(١) كذا في «القبس» المطبوع، وليست في المسالك ٦/١٨-١٩.

(٢) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٧٧٧-٧٧٩.

الغفير من أهل المدينة قد عَمِلوا بغيره وخالَفُوه. . .»[١].

ويُؤخَذُ من نصّ القاضي عِياضٍ أنَّ أصول مالِكٍ أربعة:

أوَّلا: كتاب الله.

ثانيا: الآثار من سنة رسول الله ﷺ.

ثالثا: عمل أهل المدينة.

رابعا: القياس والاعتبار؛ وهذا الأصلُ ممَّا يَجمَعُ أصولاً أخرى إذْ يَدخُل في مفهوم الاعتبار مُطلَقُ الاجتهاد، كالاستِدلال المرسل، والاستحسان.

والذي يظهَرُ من كلام القاضي عياض أنَّه لم يَقصِد إلى حَصْر الأدلَّة التي يَرجع إليها مالكٌ في اجتهاده، وإنَّما ذَكَر أبرز الأدلَّة وأهَمَّها.

وقد أهمل هذا الإحصاءُ ذِكرَ أصلِ الإجماع، وهو من الأصول المتَّفق عليها في المذهب المالكيِّ. ولعلَّ إهمالَه للإجماع -وهو من أهمِّ الأصول- يرجِعُ إلى أنّه كان مُهتمًّا بذكر مَراتب الأدلَّة حالَ التَّعارض، ومعلومٌ أنَّ الإجماع إذا وَقَعَ سَقَطَ النَّظرُ وارتفع الاجتهادُ، وكان المقدَّمَ والمعمولَ به بلا خِلاف بين الأمَّة[٢]؛ فلعلَّ ذلك كان باعثًا للقاضي عياض على ترك ذكر أصل الإجماع.

ويُلحظ في إحصاء القاضي عِياض ذِكرُه للعمل المدنيِّ أصلا مُنفرِدًا عن السنَّة.

---

(١) عياض، ترتيب المدارك ١/ ٩٤، ابن فرحون، الديباج المذهب ١/ ١٦.

(٢) مِمَّنْ يُعتَدُّ بقوله.

● **الإحصاء الخامس:**

قال أبو الحسن الصُّغَيِّر: «ذَكَر الفقيهُ راشدٌ عن شيخه أبي **محمَّد صالِحٍ** (ت ٦٣١هـ) أنَّه قال: الأدلَّةُ التي بَنَى عليها مالكٌ مَذهبَه ستَّة عشر: نصّ **الكتاب**، وظاهر الكتاب وهو العموم، ودليلُ الكتاب وهو مفهوم المخالفة، ومفهومُ الكتاب وهو المفهوم بالأَوْلَى، وتنبيهُ الكتاب وهو التنبيه على العِلَّة... ومن **السنة أيضا** مثل هذه الخمسة؛ فهذه عشرة. والحادي عشر **الإجماع**، والثَّاني عشر **القياس**، والثَّالث عشر **عمل أهل المدينة**، والرَّابع عشر **قول الصحابي**، والخامس عشر **الاستحسان**، والسادس عشر **الحكم بسد الذرائع**. واختَلَف قولُه في السابع عشر وهو **مُراعاة الخلاف**، فمرَّة يقول يُراعيه، ومرَّة لا يُراعيه»[1].

وإحصاءُ أبي محمَّد لأصول مذهب مالك من أوْفَى الإحصاءات وأجمعها؛ إذْ بَلَغَ بالأصول سبعةَ عشر أصلا إنْ عَدَدْنا مُراعاة الخلاف أصلا. وممَّا يُلحظ على إحصائه ما يلي:

أوَّلا: الخلطُ بين الأصل باعتباره مَصْدرًا تشريعيًّا، وبين طُرق الدَّلالة على الحكم من ألفاظ الشَّارع؛ فالنَّصُّ والظَّاهِرُ ومفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة وتنبيهُ الخطاب هي طُرقٌ للدَّلالة على الأحكام من ألفاظ الشَّارع، وليست أدلَّةً تشريعيَّة بحيث تكون قسيمةً للقياس والاستحسان وغيرها من أدلَّة الشَّرع عند المالكيَّة؛

(١) النفراوي، الفواكه الدواني ١/ ٢٣، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢/ ٢٥٠، الوزاني، المعيار الجديد ١١/ ٩٣، الحجوي، الفكر السامي ١/ ٤٥٥.

فالكتابُ والسّنة هما الدَّليلان، أمَّا النَّص والظَّاهر ونحوها فهي مَسالِكُ بَيانيَّةٌ لخطاب الشَّارع.

على أنَّه قد وَقَعَ في تفسير بعض المصطَلَحات الوارِدة في كلام أبي محمَّد صالح، خِلافُ ما هو معلومٌ في اصطِلاح الأصوليِّين؛ فتفسيرُ الظَّاهر بأنَّه العموم، وتفسيرُ المفهوم بأنَّه مفهومُ الأوْلى، هو على غير المشهور في اصطِلاح أهل الأُصول[1].

والذي يَخلص من الأصول التي بُنِيَ عليها المذهب المالكيّ بعد أنْ يؤخذ في الاعتبار البيانُ السَّابق، تسعةُ أصول:

الأوَّل: **الكتاب**؛ والثاني: **السنة**؛ والثالث: **الإجماع**، والرابع: **القياس**، والخامس: **عمل أهل المدينة**، والسادس: **قول الصحابي**، والسابع: **الاستحسان**، والثامن: **سدُّ الذَّرائع**، والتاسع: **مُراعاة الخلاف**.

ومِنْ عَجَبٍ أنَّ أبا محمَّد قد أهمل أصلا يُعدّ من أبرز أصول مالك وأشهرها عنه، وهو أصل «الاستدلال المرسل». ولا يُقال إنَّ هذا الأصلَ ممَّا يَندرِجُ تحت بعض الأدلَّة التي ساقَها؛ لأنَّ أبا محمَّد كان بعد العصر الذي استقرَّت فيه الاصطلاحاتُ، على خِلاف ما كان عند المتقدِّمين من تداخُلٍ في المعاني، وعدم تمييز بينها في الاصطِلاح.

وقد اعتَمَد إحصاءَ أبي محمَّد لأصول مالك كثيرٌ من المالكيِّين، وزادوا عليه بعضَ الأصول التي لم ينصّ عليها؛ قال أبو الحسن

(١) انظر تفسير هذه المصطلحات عند: القرافي، شرح التنقيح ٣٧، ٥٣-٥٦.

بعد نقله لكلام أبي محمَّد صالح: «وممَّا بَنَى عليه مذهبَه: **الاستصحاب**»(١) فتلك عشرة كاملة.

وكذلك نَقَلَ الحجويّ إحصاءَ أبي محمَّد وما أضافه عليه أبو الحسن، وعقَّب على ذلك بقوله: «قلتُ: إنها بَلَغت عشرين، كما يأتي»(٢) والذي زاده الحجويّ أصلين هما: **المصالح المرسلة**، **وشرع من قبلنا**(٣). **وبُلوغها العشرين على أساس حِساب أبي محمَّد الذي أدْرَج فيه المسالِكَ البيانيَّة؛ فتصير الأصولُ على هذا اثنَيْ عشر أصلاً هي شِرعةٌ لاستِقاء الأحكام، ومَوْرد لَّها؛ وهذه الأصول هي:**

الأوَّل: **الكتاب**، الثاني: **السنة**، الثالث: **الإجماع**، الرابع: **القياس**، والخامس: **عمل أهل المدينة**، والسادس: **قول الصحابي**، والسابع: **الاستحسان**، والثامن: **سد الذرائع**، والتاسع: **مُراعاة الخلاف**؛ العاشر: **الاستصحاب**؛ الحادي عشر: **المصالح المرسلة**؛ الثاني عشر: **شَرْع مَنْ قَبلَنا**.

● **الإحصاء السادس:**

قال ابنُ الحاجّ في كتاب «المدخل» له: «مذهَبُ مالِكٍ رحمه الله مبنيٌّ على أربع قواعِدَ: القاعدة الأولى: آيةٌ مُحكَمَةٌ، القاعدة

(١) النفراوي، الفواكه الدواني ١/ ٢٣، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢/ ٢٥٠، الحجوي، الفكر السامي ١/ ٤٥٥.

(٢) الحجوي، الفكر السامي ١/ ٤٥٥.

(٣) وشَرعُ من قبلنا هو في حقيقته استِدْلالٌ من الكتاب والسنة، لذلك نَرَى كثيرًا من المالكيِّين لا يَذْكرونه أصلا في المذهب.

الثَّانية: حديثٌ صحيح عن رسول الله ﷺ من غير ناسخ ولا مُعارض، القاعدة الثالثة: إجماع أهل المدينة، القاعدة الرابعة: إجماعُ أكثرهم بعد اختلافهم ومناظرتهم»[١].

فأصولُ مالك كما هو جليّ من نص ابن الحاج أربعة: الأول: كتاب الله، الثاني: سنة رسوله ﷺ، الثالث: إجماع أهل المدينة؛ الرابع: الإجماع. إلَّا أنَّ تفسير الإجماع في كلام ابن الحاجّ تفسيرٌ غريب؛ إذْ من شرط الإجماع أن يُجمِعَ كلُّ المجتهدين لا أكثرُهم.

وللشَّيخ عِلِيش إحصاءٌ شَبيهٌ بإحصاء ابن الحاجّ، قال عِليش: «وقد بَنَى مالكٌ رضي الله عنه مذهبَه على أربعة أشياء: الأوَّل: آية قرآنية، والثَّاني: حديث صحيح سالم من المعارضة، الثالث: إجماع أهل المدينة، الرَّابع: اتفاقُ جُمهورهم!»[٢]، وعَدَّدَها في موضِعٍ آخَرَ ثمَّ قال: «جَعَل الأربعةَ أصولَ مذهبِه»[٣].

والعجبُ في الإحصائين إهمالُهما لأصول الاجتهاد بالرَّأي: كالقياس، والمصالح المرسلة، وسدّ الذَّرائع؛ وهذا قُصورٌ جليٌّ في إحْصاء أصول مالك رضي الله عنه.

---

(١) ابن الحاج، المدخل ١/ ١٨٠.

(٢) عليش، فتح العلي المالك ١/ ٩٠.

(٣) عليش، فتح العلي المالك ١/ ١٠٥.

المطلب الثَّاني

أنواع أصول المذهب المالكيّ

إنَّ النَّظر في طبيعة الأصول التي بُني عليها المذهبُ المالكي يُفضي إلى تقسيمها قِسمين من حيثُ ارتكازُها في حقيقتها على الرَّأي والنَّظر أو النقل والسَّمْع: فالقسم الأوَّل: هي الأصول السَّمعيَّة النَّقليَّة؛ والقسم الثَّاني: هي الأصولُ النَّظريَّة الاجتهاديَّة.

فالأصولُ السَّمعيَّة: هي الأصولُ التي مَرجعُها في الأصالة إلى النَّقل عن الشَّارع؛ ويَندرِجُ في سِلْك الأصول النقلية: الكتابُ والسنة، ويلتحِقُ بها من الأصول: الإجماعُ، وقولُ الصَّحابي، وشرعُ مَنْ قبلَنا، وعَمَلُ أهل المدينة.

قال الشَّاطبي في «الموافقات» بعد أنْ بيَّن انقسامَ أدلَّةِ الشَّرْع إلى أدلَّة سمعيَّة وأدلَّةٍ نظريَّةٍ اجتهاديَّةٍ-: «فأمَّا الضَّرْبُ الأوَّلُ: فالكتابُ والسنة... يلحق بالضَّرب الأوَّل الإجماع على أيّ وَجْهٍ قِيلَ به، ومذهَبُ الصحابي، وشَرْعُ مَنْ قبلَنا؛ لأنَّ ذلك كلَّه وما في مَعناه راجعٌ إلى التَّعبُّد بأمر منقول صِرْفٍ لا نَظَرَ فيه لأحَدٍ»[1].

والأصولُ النَّظريَّة الاجتهاديةُ عند المالكيَّة: هي القياسُ،

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٤١. وسبق أنْ عَدَّ الجبيريُّ الأدلةَ كلَّها سمعيةً: كتابا وسنة وإجماعا وإجماع أهل المدينة والقياس.

والاستدلالُ المرسَل، والاستحسانُ، وسدُّ الذَّرائع، ومُراعاة الخِلاف، والاستِصْحاب.

وقد عَدَّ الشَّاطبيُّ في سِلْك الأدلَّةِ النَّظريَّةِ الاجتهاديَّة: القياسَ، والاستحسانَ، والمصالِحَ المرسَلَةَ[1]. والشَّاطبيُّ في تَعْداده للأدلَّة المندرِجَة في كلِّ نوع من أنواع الأدلَّة، لَمْ يَلتزِم استيعابَ تَعدادها؛ لذلك نَجِدُه قد تَرَكَ بعض الأدلَّة والأصول في كلّ نوع.

وإذا نُظِرَ إلى الأدلَّة النَّظريَّة الاجتهاديَّة، وُجِدَت آيِلَةً في الاعتِبار إلى الأدلَّة النَّقليَّة السَّمعيَّة؛ ذلك أنَّ شَرْعيَّة الأصول الاجتهاديَّة في الاحتِجاج إنَّما استُمِدَّت من الأدلَّة السَّمعيَّة النَّقليَّة، فالقياسُ والمصالحُ المرسلة والاستحسان وغيرُها من الأدلة الاجتهاديَّة لابُدَّ قبل اتِّخاذِها أصولاً تُبتنى عليها الأحكامُ، من أنْ يَشهد لها من الأدلة النّقلية ما يَكسِبُها نَعْتَ الحُجِّية، قال الشَّاطبي: «الأدلةُ الشَّرعيةُ فى أصلها مَحصورةٌ في الضَّرب الأوَّل -وهو الأدلَّةُ النَّقليةُ السَّمعية-، لأنَّا لم نُثبِت الضَّربَ الثَّاني بالعَقل، وإنَّما أثبتناه بالأوَّل؛ إذْ منه قامَت أدلةُ صِحَّة الاعتماد عليه؛ وإذا كان كذلك فالأوَّلُ هو العُمْدَةُ...»[2].

والأصولُ النَّقليَّة - كذلك - هي مُفتقِرَةٌ إلى النَّظر والاجتهاد؛ لأنَّ الاستدلال بالمنقولات لا بُدَّ فيه من النَّظر وإعْمال الاجتِهاد[3].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٤١.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٤٢، وانظر: القرافي، الفروق ١/ ١٢٨.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٤١.

• الفقرة الأولى: بيانُ الأصول النَّقلية للمذهب المالكي:

الأصولُ النَّقليَّة عند المالكيَّة ستةٌ؛ هي: الكتابُ، والسنة، والإجماع، وعمل أهل المدينة، وشرع من قبلنا، وقول الصَّحابي. وسأبين فيما يأتي وَجْهَ اندراج هذه الأصول ضمن الأصول النَّقلية:

أوَّلا: الكتاب والسنة:

فأمَّا الكتابُ والسنة فهما أصلا الأدلة النَّقليَّة؛ لأنَّهما صادِران من لدُن الشارع الحكيم، وهو أصلٌ للسَّمع. وإذا ثبتا لم يَكُن لمجتهِد نظرٌ ولا اجتهادٌ في المقابلة له. بل إنَّ الأدلة كلَّها راجعةٌ في مآل الأمر إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ؛ لافتقار كلِّ الأدلَّة إلى هذين المصدرين لبيان حُجِّية أصلِه.

ثمَّ إنَّ مَرْجع السّنة نفسِها إلى كتاب الله؛ لأنَّ العملَ بالسنة والاستِنادَ إليها ما دلَّ عليه إلا الكتابُ الكريم[1].

ثانيا: الإجماع:

أمَّا الإجماع فإنَّه يدخل في الأدلة النَّقليَّة، لأنَّه لا نَظَر لأيِّ مجتهِد في إجماع ثابت؛ ضرورةَ كون الاجتهاد مُنحصِرًا في القضايا التي هي محلُّ خِلاف، أمَّا ما وقع إجماعُ العلماء عليه فلا محطَّ ثمَّة لأنظار المجتهدين.

ثالثا: شرع من قبلنا:

وأمَّا **شرع من قبلنا** فهو عند المالكيَّة شرعٌ لنا ما لم يرِد في

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٤١.

شرعنا ما يُخالفه[١]. والاحتجاجُ به هو من قَبيل الاحتجاج بالكتاب والسنة؛ لأنَّ الحكم بأنَّ هذا الأمر من شَرْع مَن قبلنا يَلزم أنْ يَثبُتَ بشيء من كتاب الله أو سنَّة رسوله ﷺ؛ فالمرادُ من شَرْع مَن قَبلنا: ما نُقِلَ في كتاب الله أو في سُنَّة نبيِّه ﷺ من حِكاية بعض شَرائع مَنْ كان قبلَنا من الرُّسل. وليس المرادُ مِنْ ذلك: ما يَذكُره أهلُ الكتاب من شَرائعهم، أو ما نَجِدُه في كُتبهم؛ لتُهَمَة التَّحْريف والتبديل التي عَرضت في كتبهم المنزلة إليهم[٢]، والمالكيَّةُ إذا جاؤوا في الاستدلال على حجية شرع من قبلنا، قالوا: إنَّ الشَّارع لمَّا ذَكَرَ ما كان عليه شرعُ من قبلنا، كان على جهة التَّأسي بهم، والأخذ بما شَرَع الله لهم؛ إنْ لم يَرِدْ في شرعنا ما يُعارِضُه أو يُثبِتُه.

رابعا: قول الصحابي[٣]:

أمَّا **قولُ الصَّحابيّ** الذي لا يُعلَمُ له مخالِفٌ من الصَّحابة: فقد اختلف المالكيَّة هل هو أصلٌ يُحتجّ به عند الإمام مالِكٍ أم لا؟ ثمَّ اختَلَف مَنْ نَسبَ إليه القولَ بالحجيَّة: فمنهم من قال بأنَّه حجَّة مطلقا، ومنهم من قيَّدَ ذلك بأن يكون ممَّا لا يُقال بالرَّأي. وعليه؛ فإنَّ الأقوال المنسوبة لمالك ثلاثة:

القول الأول: قولُ الصحابي ليس بحجة مطلقا، كغيره من

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ٢٦٠-٢٦١، ٧/ ٢٩٣، القرطبي، المفهم ٥/ ٣٦-٣٧، المقري، القواعد رقم١٩٢، الرهوني: تحفة المسؤول ٤/ ٢٣١.

(٢) الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ٢٣١.

(٣) راجع المسألة في كتاب: «التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف فيها النقل عن الإمام مالك»، للمؤلف.

المجتهدين.

وذهب القاضي عبد الوهاب إلى أنه الصَّحيح الذي يَقتَضيه مذهبُ مالك[١]، واستظهر الباجيّ أنه مذهب مالك، قال: «الظاهر من مذهب مالك رحمه الله أنه لا حجّة فيه»[٢].

القول الثاني: قولُ الصحابيّ حُجّةٌ شرعية مُطلقا. عَزاه ابنُ أبي زيد القيرواني لمالك، قال: «ليس لأحد أن يُحدِث قولا لم يسبقه به سَلَفٌ، وإنه إذا ثبت عن صاحِبٍ قولٌ لا يُحفَظ عن غيره من الصَّحابة خلافٌ له ولا وِفاقٌ-: أنه لا يَسَع خِلافُه»[٣]، وأضافه لمالك: الرُّهوني[٤]، والقرافي، قال: «مذهبُ مالك وجماعةٍ من العلماء أنّ قول كلّ صحابيٍّ وحده حُجةٌ»[٥]، وقال: «قول الصحابي حجة عند مالك مطلقا»[٦] وتبعه ابنُ جُزَيّ، وشهَّره العلويّ[٧].

القول الثالث: أضاف محمد الطاهر بن عاشور لمالك مذهبا قريبًا من هذا النقل، قال: «والذي يتخلص لي من مذهب مالك رحمه الله أنَّه لا يرى قولَ الصَّحابيّ حجَّة إلّا فيما لا يُقال من قِبَل الرّأي؛ لما تقرَّر أنّ له حكمَ الرفع؛ ولهذا كان اشتراط مخالفته

---

(١) الزركشي، البحر المحيط ٤/ ٣٥٩.

(٢) الباجي، إحكام الفصول ف ٤٤٦، المنهاج في ترتيب الحجاج ١٤٣- ١٤٤.

(٣) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ١/ ٥.

(٤) الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ٢٣٥.

(٥) القرافي، نفائس الأصول ٦/ ٢٨٤٢.

(٦) القرافي، شرح التنقيح ٣٥٠.

(٧) ابن جزي، تقريب الوصول، ٣٤١- ٣٤٢، العلويّ، نشر البنود ٢/ ٢٥٨.

للقياس قريبا من هذا»[١].

وإذا ثبت هذا، فقول الصحابي الذي لا يُعلَمُ له مخالفٌ من الصَّحابة يُسلك في نظام الأصول النَّقليَّة، لتغليب كون ما قاله إنَّما كان على أساس توقيفٍ عَلِمَه عن رسول الله ﷺ، ولعَدَم جَواز الخُروج عن الأقوال المأثورة إلى إحْداث قول جَديدٍ بالاجتهاد، على ما هو مُقرَّرٌ في مَذهب مالك[٢]. ويتَّجّه عدُّ قولِ الصَّحابيّ في الأصول النَّقليَّةِ أكثر على القول بأنَّه حُجَّةٌ إذا كان من قَبيل ما لا يُقال بالرَّأي.

خامسا: عمل أهل المدينة:

أمَّا عمل أهل المدينة فجماهيرُ المالكيَّة من المتقدّمين والمتأخِّرين على أنَّ العمل المدنيَّ الذي اعتمَدَه مالكٌ واحتجَّ به هو العمل النَّقليُّ المأثور؛ أمَّا العَمَلُ المدنيُّ الذي يَستند إلى النَّظر والاجتهاد فلا يُعدّ حجَّة عند جمهورهم[٣].

والعمل النَّقليُّ هو العملُ من طريق النَّقل والحكاية الذي تُؤثره الكافَّة عن الكافَّة، وعملت به عَمَلاً لا يَخفى، ونقلَه الجمهور عن الجمهور عن زمن النبي ﷺ[٤].

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢١٩.

(٢) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ١/ ٥.

(٣) راجع المسألة في كتاب: «التحقيق في مَسائل أصول الفقه التي اختلف فيها النقلُ عن الإمام مالك»، للمؤلف.

(٤) عياض، ترتيب المدارك ١/ ٦٨، القرافي، نفائس الأصول ٦/ ٢٨٢٤، عبد الوهاب، المعونة ٢/ ٦٠٧.

ولم يختلف قولُ مالك وأصحابه في أنَّ عمل أهل المدينة فيما كان من قَبيل النَّقل حجَّةٌ يجب الأخذ به:

قال ابنُ القصار: «مذهبُ مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ العملُ على إجماع أهل المدينة فيما طريقُه التوقيفُ من الرَّسول ﷺ، أو أنْ يكون الغالب منه عن توقيف منه عليه الصلاة والسَّلام»[1].

وقال القاضي عبد الوهاب في «الملخص»: «وهذا النوعُ من إجماعهم حُجَّةٌ يَلزَمُ عندنا المصيرُ إليه، وتركُ الأخبار والمقاييس له، لا اختِلافَ بين أصحابه فيه»[2].

أمَّا عملُ أهل المدينة فيما كان من قَبيل الاستدلال والاجتِهاد، فليس بحجَّة عند جماهير المالكيَّة، ولا خُصوصيَّةَ لأهل المدينة على غيرهم في هذا؛ وعلى نِسبة هذا النَّقل لمالك جمهرةٌ من مُحقِّقي المذهَب وأئمَّته، وخاصَّةً أقطاب المدرسة العراقيَّة.

لكنَّ التحقيق - عندي - أنَّ مالِكًا يَحتجُّ بالعمَل المتَّصِلَ إلى زَمَن الصَّحابة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ[3]، سواءٌ كان ذلك راجِعًا إلى نَقْلٍ أو استِدلال واجتهاد. وقد تقدَّم ذِكْرُ وَجْه إلحاق هذا النوع من العمل ضِمْنَ الأصول النظَرِيَّة.

---

(١) ابن القصار، المقدمة ٧٥.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٣/ ٥٣٠، القرافي، نفائس الأصول ٦/ ٢٧١٠. وانظر: ترتيب المدارك، لعياض ١/ ٦٩.

(٣) راجع: التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف النقل فيها عن الإمام مالك، للمؤلف.

● **الفقرة الثَّانية: بيانُ الأصول الاجتهاديَّة للمذهب المالكيِّ:**

أمَّا الأصولُ الاجتهاديَّةُ فهي في المذهب المالكيّ مُتمثِّلة في: القياس، والمصالح المرسلة، والاستحسان، وسدِّ الذَّرائع، ومُراعاة الخلاف، والاستصحاب. وهذه الأدلَّةُ هي محلُّ البحث في هذه الدِّراسة؛ غيرَ أنِّي سأُهمل بَحثَ أصل القياس لأمرين:

الأوَّل: القياس يُعدُّ من الأصول الإجماعيَّة التي لا اختِصاصَ لمذهب مُعيَّن به، ومَنْ خالَف في الاحتجاج به من الظاهريَّة فلا اعتِداد به في المخالفة؛ لأنَّ أصل التَّعليل الذي يَقوم عليه القياس معلومٌ من شريعة الإسلام على وَجْه القطع.

الثَّاني: القياسُ من الأصول التي اعتنى بها العلماءُ اعتناءً مُنقَطِع النَّظير، فمبحثُ القياس في كتب الأصول يُعدُّ من أكبر المباحث التي تناولها الأصوليُّون، وحرَّروها التَّحريرَ القويم.

أمَّا **العُرفُ** فقد عدَّه الشَّيخ المشَّاطُ من جُملة الأُصول التَّشريعية في المذهب؛ في حين نَجِدُ غالبَ مَنْ أحْصى أُصولَ مالكٍ وعَدَّدَها، لم يَجعَل العُرفَ أصلا تشريعيًّا. والذي يَظهَرُ لي -والله أعلم- أنَّ اعتبار العُرْفِ أصلا تشريعيّا ليس سَديدًا في النَّظر، ولا قوِيّا في الاعتبار؛ وبيانُ ذلك:

أنَّ العُرْفَ يُقسِّمه العُلماء قسمين: الأوَّل العُرف التَّشريعيّ، والثَّاني العُرْف البيانيّ[1]:

أمَّا العُرفُ التَّشريعي الذي ادُّعِيَ بأنه مُدْرَكٌ في شَرْع الأحكام،

(١) الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ٤٥٤.

فليس هو المُدْركَ الحقيقيّ[١]؛ بل هو الأصولُ الشّرعيةُ المصلحيَّة التي تَشهَد لهذا العرف بالاعتبار؛ فالعُرْفُ المعتبَرُ في التَّشريع إنَّما هو العرفُ الذي يَرتَكِزُ على المصلحة التي شَهِدت لها قواعدُ الشَّرع بالاعتبار، كأصل رفع الحرج، وأصل نفي الضَّرر، وأصل التَّوسعة العامَّة. وليس كلُّ عُرْف يُعتدُّ به؛ وإلَّا كان ذلك خُروجًا إلى أنْ تُجعَلَ عاداتُ النَّاس وأعرافُهم الصِّرفَةُ مَصدرًا للتَّشريع؛ وذلك باطِلٌ، لأنَّ من شرط اعتبار الدَّليل دليلا تشريعيًا رجوعَه إلى الشَّرع، وصُدورَه عنه.

وارتباطُ العُرْف بالمصلحة كان من جهة أنَّ النَّاس إنَّما يَتعارَفون فيما بينهم على ما يعُود عليهم بالصَّلاح في مُعاملاتهم وتصرّفاتهم؛ فالعُرْفُ في الحقيقة يُعدُّ كاشِفًا لكَوْن المصلحةِ مَصلحةً حاجيَّة عامَّة، إذْ جَرَيانُ العُرف بمصلحة مُعتبَرةٍ يَدُلُّ في الأصل على أنَّ بالناس حاجةً إليها، فيثبت بذلك وَصْفُ «الحاجية» ووصفُ «العموميَّة» في المصلحة. والناسُ مُخلَّوْن وأعْرافهم، وليس يُتعرَّض لهم فيها، إلا حيثُ وُجِد العُرْفُ الذي جَرَوْا عليه مُخالِفًا للشَّرْع.

قال الشَّيخ محمَّد الخضر حسين: «وسمى بعضُ الفقهاء العرفَ دليلا شرعيًا، والدَّليلُ الشَّرعيُّ هو نصُّ الشَّارع على الحكم، وليس العُرْفُ نصًّا للشارع، ولكن سمَّاه بعضُ الفقهاء دليلا نَظَرًا إلى جَرَيانه بالمصلحة، وجَريانُه بالمصلحة دليلٌ على إذْن الشّارع فيه»[٢].

---

(١) الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ٤٥٣-٤٥٥.

(٢) محمد الخضر الحسين، دراسات في الشريعة الإسلامية ٣٥.

وعليه؛ فإنَّ ما يُعرَف بالعُرف التَّشريعيِّ هو آيلٌ إلى المصلحة التي سيتناولها البحثُ إنْ شاء الله.

أمَّا العُرفُ البيانيُّ، وهو غالِبُ ما يَتناوَله العلماء في بحثهم للعُرْف، فليس من مَصادر التَّشريع البتَّة؛ لأنَّ العُرف البيانيّ هو العُرْفُ التَّفسيريُّ لتصرُّفات المكلَّفين وأقوالهم تَقْييدًا وتخصيصًا وتوضيحا؛ ولا تعلُّق لذلك بالتَّشريع[1]. ويدخل العُرفُ كذلك في الالتزامات بين الناس، كالشُّروط التي جَرى بها العُرف.

* * *

(١) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ١٤٩.

المبحث الثالث

خَصائصُ أصول المذهب المالكي

بعدَ أن استبانت أصولُ المذهب المالكيّ النَّقلية منها والاجتهاديَّة، تأتي الدِّراسة على بَيان خَصائص أصول المذهب الظَّاهرة، ومميِّزاتها اللّائحة. وأبرزُ هذه الخصائص خمسةٌ، سأتناولها بالتَّجلية والبيان:

● **الخاصية الأولى: كثرةُ أصول المالكيَّة:**

من أهمّ الخصائص التي تَستَرْعي انتباه نَظَر النَّاظر، أنَّ المذهب المالكيَّ هو أكثر المذاهب المتَّبعة أصولا وأوفرُها أدلَّة؛ وسواء في ذلك الأدلَّة النَّقليَّة والأدلَّة الاجتهاديَّة، فقد تمسَّك المالكيَّة بأصول لم يقُل بها غيرُهم، وقرَّروا أصولا نَفاها غيرُهم تأصيلا وعَمِلوا بها تفريعا؛ قال أبو زهرة في التَّنويه بكثرة أصول المالكيَّة: «..فإنَّه أكثرُ المذاهب أصولاً، حتَّى إنَّ علماء من المذهب المالكيّ يُحاوِلون الدِّفاعَ عن هذه الكثرة، ويَدَّعون على المذاهب الأُخْرَى أنَّها تأخُذ بمثل ما يأخذ به من أصول عَدَدا، ولكن لا تُسمّيها بأسمائها. ولا نُريد الخوض في ذلك؛ بل إنَّا نقول: إنَّ الأمر لا يَحتاجُ إلى دفاع؛ لأنَّ تلك الكثرة حسنةٌ من حسنات المذهب المالكيِّ، يجب أنْ يُفاخِرَ بها المالكيّون، لا أنْ يُحمِّلوا أنفسَهم

مَؤونَةَ الدِّفاع. . . »[١].

وهذه الكثرةُ في أصول الأدلَّة كان لها بالغُ الأثر في التَّفريع الفقهيّ والتَّخريج المذهبي؛ ذلك أنَّ تنوُّع أصول الاحتجاج، واختلافَ أدلَّة الاستنباط، مما يَمنَح المجتهِدَ أنْ يكون في فتواه أقربَ إلى الصَّلاح، وأدنى إلى تحقيق العدل[٢]. قال أبو زهرة: «فكانت كثرة الأدلَّة. . .من شأنها أنْ تَعْلُو بذلك المذهب، لا أن تخفضه، ومن شأنها أنْ تجعله مرِنًا في التَّطبيق، فلا تضيقه»[٣].

● **الخاصية الثانية: انفرادُ المالكيَّة ببعض الأصول، واحتفاؤهم بأصول أخرى بكثرة الاعتماد عليها:**

ومن أسباب كثرة أصول المالكيَّة: أنّ مذهب مالك تَفَرَّدَ ببعض الأصول تفرّدًا كاملا، بحيث لم يَشْركه فيها غيرُه من المذاهب، واختصَّ -كذلك- ببعض الأصول لكثرةِ اعتنائه بها، وتفريعِه على مُقتضاها، مع مُشاركة غيرِه من العلماء في القول بها، حتّى إنّ جمهرةً من العلماء عَزَوْا تفرّدَ مذهب مالكٍ بها، ومخالفتَه لسائر أهل العلم فيها -كما سيأتي بيانُه-.

وأهمُّ الأصول التي عُدّت مِنْ مميِّزات مذهب مالكٍ: عملُ أهل المدينة، والمصلحةُ المُرسَلَة، وسدُّ الذَّرائع، ومُراعاة الخِلاف.

أما عمل أهل المدينة فهو من أهمِّ الأصول النقلية التي تفرَّد بها

---

(١) أبو زهرة، مالك ص/ ٣٥٨.

(٢) أبو زهرة، مالك ص/ ٣٥٨.

(٣) أبو زهرة، مالك ص/ ٣٥٨.

المالكيَّة دون سائر فُقهاء الأمصار، حيثُ رأى مالكٌ أنّ العَمَل إذا كان ظاهِرًا بمدينة النبيّ ﷺ فهو حُجَّة يجب الأخذُ به، ولا يسَعُ أحدًا مُخالفته إلى غيره -كما تقدَّم-.

وبَلَغ مالكٌ في اعتبار العمل المدنيّ إلى أنْ رَدَّ الأخبار الآحادَ التي تُعارِض هذا العمل؛ لأنّ العمل عنده من قَبيل النَّقل المتواتر، وما كان مُتوتِرًا لا يُعارَض بنقل الآحاد؛ لاحتمال تطرُّق الوهم والغلط إلى ناقليه، واحتمالِ أن يكون ذلك الخبرُ ممَّا نُسخ حكمُه؛ قال مالِكٌ: «العمل أثبتُ من الأحاديث»[1].

أمَّا باقي الأدلَّة، فقد اختُلف في تفرُّد المالكيَّة بها؛ وستأتي الإبانةُ عن ذلك في الدِّراسة، إنْ شاء الله. غيرَ أنَّ الذي يُقدَّم في هذا الموضع: أنَّ غالب تلك الأدلة مِمَّا لم يتفرَّد بها المالكيَّة، بل شَرِكَهم فيها بعضُ المذاهب، إلَّا أنَّ لمذهب مالك مَزيدَ اعتناءٍ بهذه الأصول، وذلك بكثرة الاستناد إليها في تفريعاتهم ومسائل اجتهادهم، وكانت المالكيَّةُ أجْسَرَ المذاهب على الإفْصاح عنْ هذه الأصول، والبَوْحِ بها، وبَيانها، والاحتجاج لها، حتّى عَدَّها مَنْ عَدَّها في مُفرَدات أصول المذهب المالكي التي تميّز بها.

● **الخاصية الثالثة: علاقة أُصولِ مالكٍ بأُصول أهلِ المدينة:**

من مَنهَج مالكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ الذي تواتر عنه واشتَهَر به: اتِّباعُه لِمَنْ سَبَقَه مِنْ أهل العلم، واقتداؤُه بأهل الفَضْل منهم، والسَّيْرُ على وَفق ما ساروا عليه، وقَفْوُ آثارهم فيما تقدّموه إليه؛ وأهلُ القُدوة عند

(١) ابن أبي زيد، الجامع في السنن والآداب والحكم ١٥٠.

مالكٍ هم عُلماء المدينة النَّبويَّة، التي كانت مُهاجَرَ النَّبيِّ ﷺ ومُستقرَّه، وبها حطَّ التَّنزيلُ، واستقرَّت الأحكام، وكان فيها خيرةُ الأمّة وصفوتُها، ثُمَّ خَلَفهم التابعون مِنْ خير القُرون الفاضِلة، وكانوا على سَبيل مَن سبقهم سائرين، وبسَنَنهم مُستمسِكين؛ ولم تكُن هذه الخصيصةُ لغيرِ مدينة النَّبيِّ ﷺ .

ومنهجُ مالك هذا اقتضاه أنْ يَجريَ على أُصول مَن سَبقه من أهل العلم بالمدينة النَّبويَّة؛ لا تقليدًا ومُسايرةً بلا حُجَّة له في ذلك، وإنّما هو الاتِّباعُ المؤسَّس على واضِح الدَّليل، ومَتين البُرهانِ. فمالكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وارِثُ علم أهل المدينة، والنَّاصِرُ لمذاهبهم، والنَّاشِرُ لعِلمهم وفِقههم، ومَنْ تأمَّل الفِقه المدنيَّ المأثورَ قَبْلَ مالكٍ وقارنه بفقه مالكٍ، وَجَدَ الفقهيْنِ ينهلان مِن مَنهَل مُشترك، ويصدُران عن منهج اجتهاديٍّ مُتشابه، فمذهبُ مالكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ما هو إلّا استمرارٌ لمذهبِ أهل المدينة، مع توسّع كبيرٍ في التَّفريع، ووُضوح في مناهج الاستدلالِ، ودَلائلِ الاحتجاج[1].

قال أبو عبد الله محمَّدُ بن موسى بن عمَّار الكَلاعي المايُرْقِي المالِكيّ: «. . .مذهبُ أهلِ المدينة نُسِبَ إلى مالكِ بنِ أنسٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، ومَنْ كان على مذهب أهل المدينة يُقال له مالِكيٌّ. ومالِكٌ إنَّما جَرَى على سَنَنِ مَنْ كان قبله، وكان كثيرَ الاتِّباع؛ إلَّا أنَّه زاد المذهب بيانًا وبَسْطًا، وحُجَّةً وشرحًا، وألَّف كتابَه «الموطأ». وأمَّا

(١) وللريسوني بحث جيّد في علاقة مذهب مالك بمذهب أهل المدينة: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ٥٠- ٥٤.

ما أُخِذَ عنه من الأسمعة والفتاوى، فنُسب إليه لكثرة بَسْطِه وكلامِهِ فيه. . . »[١].

فلم يكُنْ مالِكٌ - مثلا - في القول بعمل أهل المدينة أبا عُذْرِها؛ فهو مَسبوقٌ إلى ذلك مِنْ أئمَّة المدينة مِن شُيوخِه وأشياخِهِم:

قال ربيعةُ الرَّأي - وهو مِن شيوخ مالِكٍ -: «أَلْفٌ عن أَلْفٍ أحبُّ إليَّ مِنْ واحِدٍ عن واحِدٍ؛ لأنَّ واحِدًا يَنتزِعُ السُّنَّةَ مِنْ أيديكم»[٢].

وقال مالكٌ: والعملُ أثبتُ من الأحاديث، قال مَنْ أقتدي به: «إنّه ضعيفٌ أنْ يُقال في مثل هذا: حدَّثني فُلان عن فلان». وكان رِجالٌ من التَّابعين يبلغُهم عن غيرِهم الأحاديثُ؛ فيقولون: ما نجهَلُ هذا؛ ولكنْ مَضَى العملُ على غيره[٣].

وقال مالك: وكان محمَّدُ بنُ أبي بكر بنِ حَزْم رُبَمَا قال له أخوه: لِمَ لَمْ تَقْضِ بحديث كذا؟! فيقول: لم أجِدْ النَّاسَ عليه[٤].

وروى ابن وهب عن مالك أنَّ رجلا قال لأبي بكر بنِ عَمْرو بن حزم: ما أدْري كيف أصنَع بالاختِلاف؟! فقال أبو بكر: «يا ابنَ أخي، إذا وَجدتَ أهلَ المدينة على أمرٍ مُستجمعين عليه، فلا تشكّ

---

(١) ابن عساكر، تبيين كذب المفتري ص/١١٨. وعنه نقل: اليافعي في: «مرآة الجنان» ٢/٢٢٧، والتاج السبكي في «طبقاته الكبرى» (٣/ ٣٦٧). وانظر في معنى كلام المايرقي كلاما لابن الفخار في الانتصار لأهل المدينة ص١٩٩-٢٠٠.

(٢) عياض، ترتيب المدارك ١/٦٦.

(٣) ابن أبي زيد، الجامع ١٥٠.

(٤) ابن أبي زيد، الجامع ١٥٠. وانظر النصّ بسياق أتم عند: العتبي، في «العتبية»، مع شرحها «البيان والتحصيل» ١٧/ ٣٣١، وعند: عياض في «ترتيب المدارك» ١/ ٦٦.

في أنه الحقُّ!»[١].

وأبو بكر بن حزم هذا هو من فُقهاء المدينة الذين يَرَى مالكٌ لهم التَّقديم والتَّبريز في العِلْم.

● **الخاصية الرابعة: الجَمْعُ بين أُصول أهلِ الرّأي وأصولِ أهلِ الحديث:**

ومِنْ أجلّ خصائص أُصول مذهب مالكٍ: أنَّها جمعت بين أُصول مدرسة أهل الأثر، وأُصول مدرسة أهل الرَّأي؛ فمنـزلةُ الأثر عند مالك وأتباعه بالمحلِّ الأعلى، فمالِكٌ إمام أهل الحجاز التي كانت موطن أهل الحديث ومُتبوَّأهم، و«موطَّؤه» كتابُ أَثَر وحديثٍ، فالأثرُ مُعتمدُه والحديث مُستندُه. وأمّا الرّأي فقد ضرب فيه مالك بحظّ وافِرٍ، وأُصولُه شاهدةٌ على ذلك، فإنَّه رَحِمَهُ اللَّهُ لم يَكتف في الرَّأي بالقياس، بل إنَّه جاوَزه ليشملَ الاستحسانَ والمصالحَ المرسلة وسدَّ الذَّرائع، وكلُّ هذه الأُصول عنده من الاجتهاد بالرَّأي، وقد استرسل مالكٌ في الأخذ بها استرسال الفَهِم بمقاصد الشَّارع، والعليم بمراميه، وإنّ النَّاظر في ذلك ليكاد يُصنِّفُ مالكًا في سِلْكِ مُجتهِدي أهل الرَّأي، كما صَنَع ابنُ قُتَيْبَةَ في كتاب «المعارف»[٢].

---

(١) الفسوي، المعرفة والتاريخ ١/ ٤٤٣-٤٤٤، ابن عبد البر، التمهيد ١/ ٨١، جامع بيان العلم وفضله ٢/ ١١١٣/ ٢١٧٨، عياض، ترتيب المدارك ١/ ٦٢.

(٢) ابن قتيبة، المعارف ١٧٩، أبو زهرة، مالك ٦-٧.

• الخاصية الخامسة: مركزية المصلحة في الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي:

والغُرَّةُ اللَّائحَةُ في الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ: مركزيَّةُ المصلحة فيها؛ فغالبُ الأصول الاجتهادية من قياس ومصلحة مرسلة واستحسان وسدّ للذَّرائع ومراعاة للخلاف، هي حائمةٌ حول المصلحة، وصادرةٌ في منطقها عنها؛ قال أبو زهرة في بيان هذه الخصيصة: «إنَّ أصل المصالح الذي أَخَذَ به مالك، وسيطرَ على أكثر فقه الرَّأي عنده، حتَّى أصبح ذلك الأصل عُنوانَه، وميسَمَه الذي اتَّسَم به... وإنَّك لو فَتَّشتَ في فُروع ذلك المذهب... لوَجَدت أنَّ المصلحة كانت هي الحَكَمَ المرْضِيَّ الحُكومَةِ في كلِّ هذه الفروع؛ سواء أَلَبِسَت المصلحةُ لَبوسَ القياس وحملت اسمَه، أم ظَهرَت في ثوب الاستحسان وحملت عُنوانَه، أم كانت مصلحةً مُرسلةً لا تحمِلُ غير اسمها، ولا تأخذ غير عُنوانها...»[1].

وهذا القاضي عياضٌ لَمَّا جاء إلى ترجيح مذهب مالك على سائر المذاهب، عدَّ البُعدَ المصلحيَّ من أجل الاعتبارات التي يُستَنَدُ إليها في ذلك؛ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: «الاعتبار الثَّالث: يَحتاج إلى تأمُّل شَديد، وقلبٍ سليم من التَّعصب سَديد؛ وهو الالتفاتُ إلى قواعد الشَّريعة ومجامِعِها، وفَهْمِ الحِكمة المقصودة بها من شارعها...»[2].

❁❁❁

---

(١) أبو زهرة، مالك ص/ ٣٥٩.

(٢) عياض، ترتيب المدارك ١/ ٩٦.



الفَصْلُ الأَوَّلُ

المصالح المرسلة في المذهب المالكي

وفي هذا الفصل أربعةُ مباحث؛ هي:

- **المبحث الأول**: المصالح المرسلة: المفهوم، والمضمون.
- **المبحث الثاني**: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: حجيتها، وشروط العمل بها، ومجالُه.
- **المبحث الثالث**: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيتها، والاعتراضات الوارِدَةُ عليها، وعلاقتُها بالنّصوص الشَّرعيَّة وبالأصول الاجتهاديَّة في المذهب.
- **المبحث الرابع**: الشَّواهد التَّطبيقية للمصالح المرسلة في المذهب المالكي.

المبحث الأول

المصالح المرسلة: المفهوم والمضمون

المصالحُ المُرسلة مُصطلح أطلقه العُلماءُ على نوع من الأدلَّة التَّشريعيَّةِ الاجتهاديَّة، وللوُقوف على حقيقة مفهومِ هذا الدَّليل كان من اللَّازم أنْ نطَّلع على مفهوم هذا التَّركيبِ الوصفيِّ المُؤسَّس على كلمتين: «**المصالح**» و«**المرسلة**». وعليه، فإنِّي سأطرَقُ بالبحث والنَّظر كُلاً من الكلمتين، لأَخلُصَ في الأخير إلى تحديد معنى هذا التَّركيب الوصفيِّ.

وسأبحث في تضاعيف ذلك أنواع المصالح وأقسامها؛ لأن حقيقة المصالح المرسلة مُتوقِّفةٌ على معرفة قَسيماتها من المصالح. ثمَّ أُقفِّي على ذلك باستعراض بعض المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة، وبعض الألفاظ ذات الصِّلة بها.

وعليه، فإنَّ هذا المبحث ينتظم في طيَّاته أربعةَ مطالبَ، هي على النَّحو الآتي:

تمهيد: عناية التَّشريع الإسلاميِّ برعاية المصلحة.

المطلب الأوَّل: المصلحة: حقيقتها، وأقسامها، وأنواعها.

المطلب الثاني: المصالح المرسلة: مفهومها اصطِلاحًا في المذهب المالكي.

المطلب الثَّالث: المصطلحات المرادفةُ للمصالح المرسلة، والألفاظُ ذات الصِّلة بها.

المطلب الرَّابع: مذاهب العلماء في المصالح المرسلة.



تمهيد

عناية التَّشريع الإسلاميِّ برعاية المصلحة

أنـزلَ الله تعالى شريعتَه الخالدةَ العامَّة على البشر كافّة، فكانت قائمةً بنُظم الحياة في جميع شِعابها، وباسطةً لأحكامها على مُختلف جَنَباتها ومَناحيها. ومن رحمة الله بهذه الأُمّة أنْ جَعَلَ هذه الشّريعةَ مُرتكِزَةً على رَعْيِ المصالح، ومبنيّةً في أحكامها على اعتبارِها، والنّظر إليها، ولحظِها؛ فكانت شريعةً معقولةً، بحيثُ لا تَنِدُّ أحكامُها عن تعقّل الحُكماء، ولا يعزُبُ تفهُّمُها عن أُولي الألباب؛ وكانت المعقوليّةُ التي انبنت عليها الشّريعةُ في عموم أحكامِها كافِلَةً صلاحيّة تطبيقها على مُختلف الأُمم والشّعوب التي تتباين في أعْرافها وطبائعها، وهي في الصّلاحيّة مُمتدّةٌ في الزّمان، فلا يَعتاصُ زمنٌ عن أنْ يكون مِطواعًا لهذه الشّريعة في التّطبيق والتّنفيذ، بكلّ سَماحة ويُسْر، وبدون حرج أو مشقة.

كما أنّ معقوليّة التّشريع تَبسُط القَبول لدى الخلق لهذه الشّريعة، وتستجلب الطَواعيَةَ منهم لها؛ رحمةً منه تعالى، وحكمةً من لدُنْه سُبحانه؛ قال المقَّرِيُّ: «قاعدة: الأصلُ في الأحكام المعقوليّةُ لا التّعبّدُ؛ **لأنّه أقربُ إلى القَبول، وأبعدُ عن الحَرَج**...»[1].

وقد ثَبتت معقوليّةُ الشّريعة وتعليلُها بمصالح العِباد في العاجل والآجل بالاستقراء المُفيد للقطع، وخلافُ الظّاهرية في ذلك مُطَّرَحٌ

---

(١) المقري، القواعد رقم ٧٣.

منبوذ، لمخالفته الإجماعَ من عُلماء الأمَّة قاطبة؛ قال أبو إسحاق الشَّاطبيُّ: «وَضْعُ الشّرائع إنّما هو لمصالح العِباد في العاجل والآجِل معًا... والمعتمدُ إنَّما هو أنّا استقرينا من الشّريعة أنّها وُضِعَتْ لمصالح العِباد استقراءً لا يُنازع فيه...»[١].

وقال القاضي ابنُ العربيّ في معرض تناوله للمصالح: «وقد اتّفقت الأُمّةُ على اعتبارها في الجُملة، ولأجلها وَضَعَ الله الحدودَ والزّواجِرَ في الأرض استِصْلاحًا للخلق؛ حتى تَعدّى ذلك للبهائم، فتُضربُ البهيمةُ استِصلاحا وإنْ لم تُكلّف؛ سَبَبًا إلى تحصيل قَصْد المكلَّف...»[٢].

وفي هذا السياق يقول الطُّوفي الحنبلي: «أجمع العلماءُ إلَّا مَنْ لا يُعتدُّ به من جامِدي الظَّاهرية، على تعليل الأحكام بالمصالح ودَرْء المفاسد، وأشدُّهم في ذلك مالِكٌ، حيث قال بالمصالح المرسلة؛ وفي الحقيقة لم يَختصَّ بها، بل الجميع قائلون بها، غيرَ أنه قال بها أكثرَ منهم»[٣].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/٦.

(٢) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٨٠١-٨٠٢.

(٣) الطوفي، التعيين شرح الأربعين ٢٤٣-٢٤٤.

المطلب الأوَّل

المصلحة: حقيقتها، وأقسامها، وأنواعها

الفرع الأول

المصلحةُ حقيقتها لغة واصطلاحا

● **أوَّلا: تعريف المصلحة لغة:**

المَصْلَحة: بمعنى الصَّلاح؛ وهي واحدة المصالِح[١].

يُقال: رأى الإِمامُ المَصْلَحة في كذا، أي: الصَّلاح؛ ونَظَر في مَصالِح النّاسِ[٢].

والصَّلاح: ضدّ الفساد ونقيضُه[٣]؛ يُقال: صَلَح يَصْلَحُ ويَصْلُح صَلاحًا وصُلُوحًا[٤]. وصَلَحَ كَمنَعَ هي أَفْصَحُ، لأَنّها على القِيَاس[٥].

وكلمة «المصلحة» تدُلُّ على أنَّها تتضمَّنُ صَلاحًا قويّا؛ ذلك أنَّها

(١) ابن منظور، لسان العرب ٢/ ٥١٧، الزبيدي، تاج العروس ٦/ ٥٤٩.
(٢) الزبيدي، تاج العروس ٦/ ٥٤٩.
(٣) ابن منظور، لسان العرب ٢/ ٥١٦، الزبيدي، تاج العروس ٦/ ٥٤٧.
(٤) ابن منظور، لسان العرب ٢/ ٥١٦، الزبيدي، تاج العروس ٦/ ٥٤٨.
(٥) الزبيدي، تاج العروس ٦/ ٥٤٨.

اشتُقَّت على صيغة «مَفْعَلَة» الدَّالة على اسم المكان الذي يَكثُر فيه ما منه الاشتقاقُ، والمكانُ هنا مَجازيٌّ، ونُـزِّلَت القُوَّةُ منـزلةَ الكثرةِ مجازًا، والعلاقةُ اللُّزومُ العُرفيُّ بين الكثرة والقُوَّةِ؛ كقول العرب:

«وإنَّما العِـزَّة للكاثِر»[١]

وبتنـزيل مُقارن المعنى منـزلةَ الحالِّ فيه؛ للمُشابهة مجازًا. فاجتمع في لفظة «**المصلحة**» مجازٌ مُرسلٌ واستِعارَةٌ؛ ثمَّ صارت حقيقةً عُرفيةً؛ ومثلُها في ذلك «مظِنَّة»، لكنَّها بالكَسْر على خِلاف القياس[٢].

والاسْتِصْلاح: نقيضُ الاستفساد، واسْتَصْلَح: نَقيضُ اسْتَفْسَدَ[٣]؛ والاستصلاحُ هو طَلَبُ الصَّلاح.

● **ثانيا: تعريف المصلحة اصطلاحا:**

المصلحةُ ممَّا تنوَّعت فيها تعريفاتُ العُلماء لها واختلفت، وهي في عمومها دائرةٌ في فَلَك واحد، ومُحوِّمةٌ على غَرَض مُشترك؛ وهذه التَّعريفاتُ في غالبها لا تخرُج عن الإطار اللُّغويِّ للفظة «المصلحة»، الذي يُفيدُ حُسنَ الحال.

التعريف الأول:

عرَّفها بعضهم بأنها: «**مُلاءمَةُ الطبع**»[٤].

---

(١) تمام البيت، وهو للأعشى: (ولستَ بالأكثر منهم حصًى * وإنَّما العزَّة للكاثِر).

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ٢٢١، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.

(٣) ابن منظور، لسان العرب ٢/ ٥١٧، الزبيدي، تاج العروس ٦/ ٥٥٠.

(٤) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨-٢٧٩.

ويُلحظ على هذا التعريف أنَّه تعريف فضفاضٌ ليس بمنضبط البتَّةَ؛ إذ مُلاءمة الطَّبع من الأُمور التي لا يُمكن أنْ تدخُل تحتَ الانضباط. وعليه فإنَّ في هذا التَّعريف بعضَ التَّجوُّز، وكثيرًا من التَّعميم وعدمِ الانضباط. غيرَ أنَّه ممَّا يُستحسن في هذا التَّقريب لمفهوم المصلحة، أنَّها تُسايِرُ الطَّبعَ وتُساوقُه بالمُلاءمة وعدمِ المنافرة. ولا شكَّ في أنَّ الطَّبع المراد هو الطَّبع السَّويُّ؛ إذ لا اعتبارَ بمن فسُد طبعُه أو استحال، أو بعبارة أدلّ: إنّ مُلاءمة الطّبع هي التي تكون عند سَوِيِّ الفطرةِ وسليمِها؛ فالفطرةُ أساسٌ قويمٌ في اعتبار المصلحةِ أو عَدَمِ اعتبارِها.

التَّعريف الثاني:

وقد عرَّف الرُّهوني[1] وعضدُ الدّين الإيجيُّ في شرح مختصر ابن الحاجب الأصليّ وغيرُهما[2] المصلحةَ بأنَّها: «**اللَّذةُ، ووَسيلتُها**».

وهذا التّعريف يشتمل على إفادة أنَّ المصلحة لها مساقان ورافِدان: الأوّل: اللَّذة في حدِّ ذاتها، والثّاني: الوسائلُ المُوصِلة إليها، فإنَّها تُعدُّ مصالحَ؛ إذ الوسائل لها حكمُ ما تُوصِل إليه، فوسيلةُ المصلحة مصلحةٌ، ووسيلةُ المفسدة مفسدةٌ.

غيرَ أنّ تعريف المصلحة باللّذة ممّا يَعتوِرُه بعضُ اللَّبس وعدمِ التَّحقيق؛ لأنَّ اللَّذة من الأُمور الشُّعوريَّة التي لا ترجع إلى ما

---

(١) الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ٩٧.

(٢) الإيجي، شرح مختصر ابن الحاجب ٣/ ٤١٤، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨-٢٧٩.

يَضبِطُها بحيث لا تلتبس بغيرها من الحقائق.

التّعريف الثالث:

قال الغَزالي في «المستصفى»: «أمَّا المصلحةُ فهي عبارةٌ في الأصل عن **جَلْب منفعة أو دفعِ مضرَّة**. ولسنا نعني به ذلك؛ فإنّ جلب المنفعة ودفعَ المضرَّة مقاصدُ الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم؛ لكنّا **نعني بالمصلحة المحافظةَ على مقصود الشّرع**. ومقصودُ الشّرع من الخلق خمسةٌ: وهو أنْ يحفظ عليهم دينَهم، ونفسَهم، وعقلَهم، ونَسلَهم، ومالَهم؛ فكلُّ ما يَتضمّن حفظَ هذه الأصولِ الخمسة فهو مصلحةٌ، وكلُّ ما يُفوِّتُ هذه الأصولَ فهو مفسدةٌ، ودفعُها مصلحةٌ. وإذا أطلقنا المعنى المُخِيلَ والمناسِبَ في كتاب القياس أرَدْنا به هذا الجنسَ»[١].

فالغزاليُّ قرَّر أوَّلاً أنّ معنى المصلحة في الأصل هو جَلْبُ المنفعة أو دفعُ المضرّة، ثمّ أبان أنَّ هذا غيرُ مُرادٍ له، وإنّما يَعْني بالمصلحة ما جَرَت على وَفق مقصود الشّارع ومنهجِه في رَعي المصلحةِ واعتبارِها.

وتعريفُ الغزاليّ للمصلحة هو تعريفٌ للمصلحة المعتبَرة في الشَّرْع، وهي أعمُّ من مُطلَق المصلحة؛ بدليل أنّه قال بعد هذا مباشرة: «وإذا أطلقنا المعنى المُخيل والمُناسِب في باب القياس أردنا به هذا الجنسَ»[٢]، فتعريفُ الغزاليِّ إنّما كان للمصلحة

(١) الغزالي، المستصفى ١/ ٤١٦-٤١٧.

(٢) الغزالي، المستصفى ١/ ٤١٧.

المعتدِّ بها، ولم يكُن في صَدَد بَيانِ ماهية المصلحة. والتَّعريفُ الأوّل الذي أوْرَده قد يُعدُّ صالِحًا لتعريف المصلحة وحقيقتها، أعني قوله: «أمَّا المصلحة فهي عبارةٌ في الأصل عن: **جَلْب منفعة، أو دفعِ مضرَّة**»[1]؛ **على أنَّ نفس المنفعة والمضرَّة تَحتاجان إلى بَيان وتعريف!**

التّعريف الرّابع:

وقع للشّاطبيّ في تضاعيف تناوُلِه للمصلحة في «الموافقات» بعضُ البيان لمفهوم المصلحة في مواضع من كتابه؛ وقد هذّب ابنُ عاشور كلامَ الشّاطبيّ من تلك المواضع وخَلَص إلى تعريف حَسَنٍ للمصلحة؛ قال ابنُ عاشور: «وعرّفها الشّاطبيُّ في مواضع من كتابه «عنوان التعريف» بما يتحصّل منه بعد تهذيبه أنّها:

ما يؤثر صَلاحًا أو منفعةً للنّاس عُموميّة أو خُصوصيَّة، ومُلاءمةً قارَّة في النُّفوس في قِيام الحياة»[2].

وهذا التّعريفُ جَعَل المصلحةَ بمعنى المنفعة، سواء أكانت المصلحةُ مُتعلّقةً بعُموم النَّاس أو بخُصوصِهم، فكلٌّ منها مصلحةٌ في الاصطلاح. ثم إنَّه قرَّر كونَ هذه المصلحة مما لا تُنافِرُ النُّفوسَ، بل يجب أنْ تكون منها على مُلاءمة ومُواتاة. وبعد ذلك قيَّد المصلحةَ بكونها مُختصّةً بقِيام الحياة.

---

(١) الغزالي، المستصفى ١/ ٤١٧.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨؛ وانظر الموافقات: ٢/ ٢٥، ٢/ ٣٧-٣٩.

وقال ابنُ عاشور مُعلِّقا على هذا التّعريف: «وهو أقربُ التّعاريف السّابقة على تعريفنا؛ ولكنّه غيرُ منضبط»[١]. وعدمُ الانضباط هذا الذي أشار إليه الشّيخ رحمه الله، قد يرجِع إلى أنَّ الأمر قد يكون فيه نفعٌ ولكن يُقابله ضررٌ أكبرُ منه؛ وهذا ليس من المصالح؛ غيرَ أنَّ هذا التّعريف ممّا يشمل هذه الصّورةَ؛ وهذا ما يُفسِّر تعقيبَ ابنِ عاشور؛ ولهذا نجد الشّيخَ لمّا جاء إلى تعريف المصلحة قال: «**وصفٌ للفعل يحصُل به الصّلاحُ، أي النّفع منه دائما أو غالبا. . .**» فجعل المصلحة ما كان فيها نفع دائم أو نفع راجح في غالب الأحوال؛ وليس بين تعريف ابن عاشور وبين ما هذَّبه من تعريف الشّاطبيّ إلّا هذا الملحظ.

التعريف الخامس:

قال ابن عاشور: «ويظهر لي أن نعرفها بأنها: **وصفٌ للفعل يحصُل به الصّلاح، أي النَّفع منه دائما أو غالبا، للجمهور أو للآحاد**»[٢].

فسَّر الشيخ في هذا التَّعريف المصلحة بأنّها النّفع.

ثمَّ جعل المصلحةَ نوعين: مصلحةً خالصة لا شَوبَ فيها لمفسدة في مُقابلها؛ ومصلحةً راجِحة على ما قارنها من مفسدة أو لحقَها؛ فقوله: «**دائما**» يُشير إلى المصلحة الخالِصة والمطَّردة، وقوله: «**أو غالبا**» يُشير إلى المصلحة الرّاجحة في غالِب

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.

الأحوال[١]. واستكمالا لحقيقة المصلحة ومضمونها قرَّر أنّ المصلحة قد تتعلّق بالجمهور من النّاس فتكون عامّة، وقد تختصُّ بالآحاد فتكون خاصّة؛ وذلك قوله: «**للجُمهور أو الآحاد**»[٢].

والذي أخلص إليه بعد عَرْض تعريفات بعض العلماء للمصلحة، أنَّ المصلحة هي: «**وصفٌ للفعل يحصُل به النَّفع الملائم للفِطرة: جَلْبًا أو دَفْعًا، دائما أو غالِبًا، للجُمهور أو للآحاد**».

وغيرُ خافٍ أنّ هذا التّعريف الذي اخترتُه هو تعريفُ ابنِ عاشور المتقدّم؛ مع زيادة في بيان جهة النفع الحاصل؛ فالنّفع لا يُقصَرُ فقط على جهة الجلب؛ بل إنّ النّفع كذلك ممّا يَشمل دفعَ الضّرر، فمن دَفَعَ الضّررَ عن غيره أوعن نفسه، فهو نافع لغيره أولنفسه.

كما أنّي أضفتُ لتعريف ابن عاشور كونَ المنفعةِ المعتبرة هي المنفعةَ التي تُساوِق الفِطَرَ السّليمة وتُلائم النّحائزَ القَويمة؛ إذْ قد يَعدُّ بعضُ ممسوخي الجِبِلَّة بعضَ المضارِّ البحتة مَصالِحَ صِرْفةً.

ثالثا: مُرادِفات المصلحة والألفاظ ذات الصِّلة بها:

يَجْري في إطلاقاتِ العلماء من المتقدّمين والمتأخّرين ألفاظُ ذات صلةٍ بالمصلحة وسببٍ منها، وقد تتبّعتُ إطلاقاتِهم فتحصَّل لي من ذلك ما يلي:

أولا: المفسدة:

أوَّلُ المصطلحاتِ اللَّصيقةِ بالمصلحة لفظُ «**المفسدة**»؛ وهي

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.

على الضِّدّ من المصلحة، وفي المُقابلة لها؛ فعكسُ المصلحة مفسدةٌ، وضِدُّ المفسدةِ مصلحةٌ؛ وعليه فإنّ درء المفاسدِ وما يتعلَّقُ به هو من صميم المصلحة، وفي الصلب منها. وفي هذا يقول الشيخ ابن عاشور رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «مرجِعُ **المُناسبة** للمصلحة والمفسدة، وذلك مرجع التّشريع، وما دفعُ المفسدة إلّا مصلحةٌ، فمرجِعُ الجميع المصلحةُ»[١].

وبناءً على ما تقدم من تعريف المصلحة، يُمكن أن نَستلَّ منه تعريفًا للمفسدة؛ فالمفسدة هي: «**وصفٌ للفعل يحصُل به الضّررُ المنافِرُ للفطرة: دائما أو غالبا، للجُمْهور أو للآحاد**».

وعرّف ابنُ عاشور المفسدة بقوله: «المفسدةُ ما في وُجوده فَسادٌ وضَررٌ، وليس في تركه نفعٌ زائدٌ على السَّلامة من ضرَره»[٢].

ثانيا: الخير والشر:

ليس خافيًا أنّ مُصاصَ المصلحة ولُبَّها هو الخير، والمرءُ الذي يَسْعى إلى استجلاب الخير لنفسه أو لغيره هو ساعٍ في تحصيل مصلحتِه أو مصلحة غيره؛ لذا فالنّاظِرُ في كلام الأئمَّة يَلحَظُ أنّهم يَخلَعون على معنى المصلحة في كثير من مقامات الخِطاب لفظةَ «**الخير**»، وفي المقابل يَنعتون المفسدة بـ«**الشَّرّ**».

ومن مُثُل ذلك ما وَرَدَ في حديث حذيفة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «كان النّاسُ يَسألون رسولَ الله ﷺ عن الخير، وكنتُ أسألُه عن الشّرِّ مخافةَ أنْ

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ١٦١.
(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ١/ ١٩٢.

يُدرِكني»[١].

ومن هذا القَبيل ما جاء في قول عُمَرَ لأبي بكرٍ رضي الله عنهما في جمع القرآنِ، حيثُ قال: «هو والله خيرٌ»، أي جمعه في مُصحف[٢]؛ فجَمْعُ المصحف وإنْ لم يكُن قد فعله رسولُ الله ﷺ، فإنّ فيه خيرًا عظيما، ومصلحةً جليلة في حفظ الدِّين وصَونِه.

ثالثا: المنفعة:

عرَّف غيرُ واحِد من العُلماء كالغزاليّ وابنِ عاشور المصلحةَ بأنَّها النفعُ والمنفعةُ. وعلى هذا، فإنَّ المنفعة تُعدُّ من مُرادِفات المصلحة التي تَحمِل معناها، وتَحتَقِبُ مَدْلولَها.

رابعا: اللَّذَّة:

تقدَّم تعريفُ الرُّهوني والعضد الإيجي للمصلحة بأنها اللَّذَّةُ ووَسيلتُها.

خامسا: الضرر:

وتعلُّقُ الضّرر بالمصلحة كتعلّق المفسدةِ بالمصلحة؛ لأنّ حَقيقةَ الضّرر هي المفسدة؛ لذلك عُرِّفت المفسدةُ بأنّها الضّرر، كما مرَّ قريبا. وصِلةُ الضَّرر والمفسدة بالمصلحة إنّما يَتعلَّقُ بالجانب

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٨٩. والحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب: علامات النبوة في الإسلام، رقم ٣٦٠٦، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب: وجوب ملازمة جماعة المسلمين، رقم ١٨٤٧.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٨٩. والحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب: قوله: ﴿لَقَدْ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مِّنْ أَنفُسِكُمْ﴾، رقم ٤٦٧٩.

العَدَميّ؛ أعْني أنَّ نَفْي الضَّررِ والمفسدةِ ورَفْعَها وتلافِيَها -وهذا جانِبٌ عَدميٌّ- هو المصلحة.

ولا يَستبينُ معنى المصالحِ المرسلة حقَّ البيانِ، ولا يَتجلَّى مَضمونُها حقَّ التَّجلّي، إلّا إذا بُحِثت المصالحُ بأنواعها وأقسامِها؛ وهذا ما ستَأتي عليه الدِّراسةُ بالبَسط والبيان في الفَرْع الآتي.

* * *

الفرع الثَّاني

المصلحةُ: أقسامها وأنواعها

تَتعدّدُ أنواعُ المصالح وأقسامُها بحسَب الاعتبارِ الذي يُنظر به إليها، وعلى هذا فإنّ المصالح تنقسم أقساما باعتبارات مُختلفة، والذي يَعْنينا في هذا البحث اعتِباران لهما بالمصالح المرسلة ومباحثِها علاقةٌ وصِلةٌ:

الاعتبار الأول: المصالح باعتبار قُوَّتِها في ذاتها.

الاعتبار الثاني: المصالح باعتبار شهادة الشَّرْع لها بالاعتِبار أو الإلغاء أو السُّكوت:

● **التقسيم الأول: تقسيم المصالح باعتبار قُوَّتها في ذاتها**[1]:

تنقسِمُ المصالحُ باعتبار قوَّتها في ذاتها ثلاثةَ أقسام: ضروريّة، وحاجيّة، وتحسينيّة[2].

أوَّلا: المصالحُ الضّروريّة:

المصالح الضَّرورية: هي التي لا بُدّ منها في قِيام مصالح الدِّين

(١) وعَبَّر ابن عاشور على هذا الاعتبار بأنه: «باعتبار آثارها في قوام الأُمَّة»، وهي من تعبيرات ابن عاشور الرَّشيقة. مقاصد الشريعة ٣٠٠. ومنهم مَن يُعبِّرُ عن هذا الاعتِبار بأنه تقسيم «باعتبار رتبة المصلحة التي يتضمَّنها»، حاشية التصحيح والتوضيح ٢/ ١٦١، أو «باعتبار المقصود نَفسه». الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ١٠٢.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٨، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩١، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ١٠٢-١٠٤، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٥٥.

والدّنيا، بحيث لو فُقدت وفاتَتْ لم تجرِ مصالحُ الدّنيا على استقامة؛ بل على فساد وتهارُج وفَوتِ حياة، وفي الأُخرى فَوت النّجاة والنّعيم، والرُّجوع بالخُسران المُبين؛ كما يقول الشّاطبيّ[1].

فالمصالحُ الضّروريةُ تكون الأُمَّةُ بمجموعها وآحادِها في افتِقارٍ ضَروريٍّ إلى تحصيلها واجتِلابها، بحيث لا يَستقيمُ النِّظامُ ولا يَستدُّ باختِلالها وانخِرامها[2]. فالضّروريّاتُ ترجِع إلى **إقامة النّظام الأصليّ لنوع الإنسان**، والذي به يَمتاز حالُه عن أحوال أنواع جِنْسِه امتيازًا أوّليًّا[3].

ولا يُرادُ من الفسادِ والتّهارُج وفوتِ الحياة: الهلاكُ العامُّ الذي يَأتي على أصل الوُجود؛ بل المرادُ أنَّ في فِقدان هذه المصالح الضّروريّةِ انسلاخَ الأُمَّةِ عن الحياة التي أرادَها اللهُ لها، وتَنْخَرِط بذلك في سِلْك الحيوانيّة البهيميّةِ؛ وفي هذا يقول ابنُ عاشور: «ولستُ أعني باختِلال نِظام الأُمَّةِ هلاكَها واضمِحلالَها؛ لأنّ هذا قد سَلِمت منه أعْرَقُ الأُمَم في الوثنيَّة والهمجيّة، ولكنِّي أعني به أن تَصير أحوالُ الأُمَّة شَبيهةً بأحوال الأنعام، بحيث لا تَكونُ على الحالة التي أرادها الشّارعُ منها. وقد يُفضي بعضُ ذلك الاختِلال إلى الاضمِحْلال الآجِل بتَفاني بعضِها ببعض، أو بتَسلُّط العدوّ عليها إذا

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٨، ابن عاشور، مقاصد الشريعة ٣٠٠، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ١٠٢-١٠٣.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة ٣٠٠.

(٣) ابن عاشور، حاشية التوضيح ٢/ ١٦١.

كانت بمَرْصَدٍ من الأُمَم المُعاديةِ لها أو الطّامعة في الاستيلاء عليها، كما أوشكتْ حالةُ العَرَبِ في الجاهليّة على ذلك»[١].

ومَجموعُ الضَّروريَّاتِ خمسةٌ: حفظُ الدِّين، والنفسِ، والنَّسْلِ، والمالِ، والعقل[٢].

وحِفْظُ هذه الضَّروريَّات يكون من جِهَتَين:

الأُولى: حِفظُها من جهة الوُجودِ؛ وذلك بما يُقيم أركانَها، ويُثبِّتُ قواعدَها.

الثَّانية: من جانب العَدَم؛ وذلك بما يَدرأُ عنها الاختلالَ الواقِعَ أو المتوقّعَ فيها[٣].

وتحصيلُ المصالح الضّروريّةِ واجتنابُ ما يَخرِمُها أو يُفوّتها، ممّا رُكِزَ في الطِّباع، وغُرز في النّحائز؛ فلستَ تجدُ أمّةً من الأُمم المتمدِّنة إلّا وهي ذاهبةٌ في مصالحها إلى تحصيل هذه الضّروريّات، والحِياطة لها من الانخرام والفَوات؛ ولكنَّ تفاوتَ شرائعِ هذه الأُمم إنّما هو في الوسائل التي تُحصّل هذه الضرورياتِ، وتَحفظُها من الانخِرام[٤].

ثانيا: المصالح الحاجيَّة:

المصالحُ الحاجيَّةُ في الرُّتبةُ التّالية للمصالح الضّروريّة؛ ولئنْ

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة ٣٠٠.

(٢) الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٨، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩١، الرهوني، تحفة المسؤول ٢/ ١٠٣-١٠٤، العلوي، نشر البنود ٢/ ١١٣.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٨-٩.

(٤) ابن عاشور، مقاصد الشريعة ٣٠٦.

كانت المصالحُ الضّروريّةُ ممّا يَنْتُج عنها من انخِرامها وفَواتِها خَرابُ النِّظام وعَدَمُ استقامتِه، فإنّ المصالح الحاجيّة هي المصالحُ التي يَنتُج عنها التَّوسعةُ ورَفْعُ الحَرَج والضِّيق؛ فهي مصالحُ تَقوم بأصل السَّماحة واليُسْر، وترفَعُ مَتعلّقاتِ الضِّيق والحَرَج والعُسْر[1]؛ قال ابنُ عاشور: «وأمَّا الحاجيُّ: فهو **الذي به قوامُ النّظام المدنيّ**، الذي يَمتازُ المتَّصِفون به عن الطَّبقات السّافِلةِ من نَوعه، أي الذي يُخرج الإنسانَ عن الوَحشيَّة إلى كونه مدنيًّا مؤلَّفا من شُعوبٍ وقبائلَ وعائلاتٍ، وهذا كالبيع والإجارةِ واشتراطِ العَدالة؛ فإنّه لو فرضنا انعدامَها لاستَقام النّوعُ في الجُملة، باعتماد كلٍّ على نفسه في جَلْب ما يَلزمُه من دَواعي الحياة البَسيطةِ؛ ولكنَّه يفقِد النّظام المدنيّ المبنيّ على التّعاون والتّكافل في أصناف المنافِع»[2].

ثالثا: المصالح التّحسينيّة:

والمصالحُ التّحسينيَّةُ: هي المصالحُ التي تَرجع إلى تَحسين وَجهِ الأُمّةِ وتزيينِها بكريم الأخلاق، وتَحليتها بمحاسن الآداب، واصطباغِها بفاضِل الخِلال، ومُزايلةِ المُقبِّحات والمدنِّسات التي تُنافِرُ الطِّباعَ؛ فهي تُزيِّن المدنيّةَ وتُكمِّلها في أسنى مَظاهرها وأَجلى معارِضها[3]؛ قال ابنُ عاشور: «المصالحُ التّحسينيّةُ هي عندي ما

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ١٠-١١.

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ١٦١.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ١١-١٢، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩١، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ١٠٤، العلوي، نشر البنود٢/ ١١٢، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ١٦١.

كان بها كَمالُ الأُمّةِ في نِظامها، حتّى تَعيشَ آمِنةً مُطمئنّةً، ولها بهجةُ مَنظَرِ المجتمَعِ في مَرْأى بقيَّةِ الأُمَم، حتّى تكون الأُمّةُ الإسلاميّةُ مرغوبًا في الاندِماج فيها، أو في التَّقرُّب منها»[١].

مثالُ ذلك: بابُ الطّهارات كلّها، وسترُ العَوْرة، وآدابُ الأكل والشُّرب، ومُجانبة المآكل النّجسات، والمشارب المستخبثات، وكالمنع من بيع النّجاسات وفضلِ الماء والكلإ، واستيلابُ المرأة مَنصبَ الإمارة وإنكاحِ نفسها، وأبوابُ مكارم الأخلاقِ والمروءاتِ كلُّها داخلةٌ في هذه الرُّتبة من المصالح[٢].

● التقسيم الثاني: تقسيم المصلحة باعتبار شهادة الشرع لها بالاعتبار أو الإلغاء أو السكوت:

وتُقسَّم المصلحةُ باعتبار شهادةِ الشّرع لها بالاعتبار أو الإلغاء أو السكوت، ثلاثةَ أقسام:

القسمُ الأوّل: المصلحةُ التي شَهِدَ لها الشّرعُ بالاعتبار.

وهذه المصلحةُ مقبولةٌ ولا إشكالَ في صحّتها والاعتدادِ بها، ولا خِلاف في إعمالها؛ وإلّا عُدّ ذلك مُناقضة للشّريعة ومخالفةً لها[٣].

كحُكْم القِصاص، إنّما شَرَعَه الشّارع لمصلحة حفظ النُّفوس

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٠٧.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ١١، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ١٦١.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٨، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٣، ٤٤٦، الغزالي، المستصفى ١/ ٤١٥، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٥.

والأطراف[١].

وحاصِلُ هذه المصلحة يَرجِعُ إلى القياس، وهو اقتباسُ الحُكم من مَعقول النّصّ والإجماع، ومثالُه: الحكمُ بأنَّ كلّ ما أسْكَر من مَشْروب أو مأكول فيحرَمُ، قِياسا على الخمر؛ لأنّها حُرِّمت لحفظ العقل الذي هو مَناطُ التّكليف، فتحريمُ الشَّرع الخمرَ دليلٌ على مُلاحظة هذه المصلحة[٢].

القسمُ الثّاني: المصلحةُ التي شهِد الشّرعُ بإلغائها وإبطالها وعدمِ الاعتداد بها. وهذه المصلحةُ مُلغاةٌ غيرُ مُعتبَرةٍ، فلا يُعمَل على مُقتضاها، ولا يُبنى على أساسها حُكْمٌ من الأحكام؛ لأنّ الشّارع نفسَه ألْغَى هذه المصلحةَ ولم يَعتبِرها، وذلك دليلٌ على وُجوب اطِّراحِها، ولُزوم مُجانبتها[٣].

ومُثِّل لهذا القسم بقول بعضِ العُلماء من المذهب المالكيّ لبعض المُلوك لَمَّا جامَعَ في نهار رمضان: إنّ عليك صومَ شهرين مُتتابِعَين. فلمّا أُنكر عليه حيثُ لم يُفتِه بمذهب مالك في التخيير بين خِصال الكفارة، قال: لَوْ أمرتُه بذلك لسَهُل عليه، واستحقَرَ إعتاقَ رقبةٍ في جَنْبِ قضاء شهوتِه، فكانت المصلحةُ في إيجاب

---

(١) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، الغزالي، المستصفى ١٧٣، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٥٤، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٥.

(٢) الغزالي، المستصفى ١/ ٤١٥.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/٨، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٣، ٤٤٦، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٥٤.

الصّوم لينـزَجِرَ به[١].

قال الشّاطبيُّ: «فهذا المعنى مُناسبٌ؛ لأنّ الكفارة مَقصودُ الشَّرع منها الزّجرُ، والمَلِكُ لا يَزجُرُه الإعتاقُ، ويَزجُره الصّيامُ»[٢].

وقد رُدّت هذه الفُتيا وعُدّت باطلة لوُجوه:

١- لأنَّ العلماء في مسألة كفّارة الإفطار في رمضان بين قائلَيْن: قائلٍ بالتّخيير، وقائلٍ بالتّرتيب، فيُقدّم العِتْقُ على الصّيام. وعليه، فتقديمُ الصّيام بالنسبة إلى الغنيّ دون غيره مذهبٌ لا قائلَ به[٣].

٢- وفتحُ هذا الباب ممّا يؤدِّي إلى تغيير جميع حُدود الشّرائع ونُصوصها، بسبب تغيُّر الأحوال[٤].

٣- ثمّ إنْ عُلِمَ ذلك من صنيع العُلماء انتَفَت ثقةُ الملوك بفَتواهم، وكانوا في رِيبة من أمرهم، وحسبوا أنّ ما يُفتون به ما هو

---

(١) الغزالي، المستصفى١/ ٤١٥، الشاطبي، الاعتصام ٣/٨-٩، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٥٤، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٥. قال أبو حفص الفاسي: «المفتي بذلك هو الإمام يحيى بن يحيى الليثي المغربي الأندلسي صاحب الإمام مالك وإمام أهل الأندلس، والملك الذي أفتاه هو صاحب الأندلس عبد الرحمن بن الحكم الأموي المعروف بالمرتضى». وانظر: الفواكه الدواني للنفراوي ١/ ١١٣، وحاشية الدسوقي ١/ ٥٣٠. وانظر نفائس الأصول للقرافي ٩/ ٤٢٧٠. وذَكَر القصةَ الذهبيُّ في سير أعلام النبلاء [١٠/ ٥٢١] وتاريخ الإسلام [١٧/ ٤١٥]، وصدَّرها لقوله: «وقيل». وانظر القِصَّة كذلك في [وفيات الأعيان ٦/ ١٤٥: قال: وحكى أحمد بن أبي الفياض في كتابه]. وذَكَر الشاطبيُّ مصدرها عن ابن بشكوال [الاعتصام ٣/ ١١].

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٩.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٩-١٠.

(٤) الغزالي، المستصفى ١/ ٤١٦، شفاء الغليل ٢١٩-٢٢٠.

إلّا تحريفٌ من جهتهم بالرّأي[١].

ويَتلَخَّصُ من هذا: أنّ المصلحة التي اعتبَرها يحيى بنُ يحيى مصلحةٌ مُلغاةٌ وليست معتبرة، فلا يُعوّل عليها. قال الشاطبي: «فإنْ صحَّ هذا عن يحيى بن يحيى رَحِمَهُ اللَّهُ، وكان كلامُه على ظاهره، كان مُخالِفًا للإجماع»[٢].

---

(١) الغزالي، المستصفى ١/٤١٦، شفاء الغليل ٢٢٠-٢٢١.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/١١. هذا، ولم يُسلّم بعضُ المالكيّة اندراجَ فُتيا يحيى بنِ يحيى في هذا القسم؛ قال أبو حفص الفاسي: «وليس فتواه هذه من قَبيل هذا القسم، ولا مخالفة فيها لنص الكتاب؛ إذْ لا نصَّ في الكتاب على كفَّارة الصيام. ومَثَّلَ -أي الغزالي- لهذا القسم بإيجاب صيام شهرين متتابعين ابتداءً قبل العجز عن الإعتاق في كفارة الظهار. قلتُ: فيه نظر؛ إذْ لم يَشهَد بإلغاء هذه المصلحة أصلٌ مُعيَّنٌ على جهة الخصوصية، والآيةُ في الظِّهار من قَبيل العامِّ، فيصحُّ أنْ تُخصَّص بالاستصلاح، كما ذَكَر الشاطبي في «الموافقات» نقلا عن الإمام مالك». ثُمَّ بيَّن أنَّ الغزالي ناقَضَ كلامه؛ إذْ جعل قتل المسلمين إذا تترَّس بهم العدوّ، في مَحلِّ الاجتهاد؛ وذلك تخصيصٌ بمصلحة مُقاتلة العدوّ ودَفع ضَرَرِهم على المسلمين عُمومَ قولِه تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا﴾ [النساء: ٩٣]. ثُمَّ قال الفاسي: «وبه يَتبيَّن لك أنْ لا دَرك على مَنْ أفتى الملك بما ذكر، ولو في مسألة الظهار؛ حيثُ كان إماما مجتهِدًا يَرى تخصيصَ العامّ بالاستصلاح؛ كما نُقِلَ عن الإمام مالك». أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٥-٦. وقال في الفواكه الدَّواني: «قال القَرافيّ ما معناه: إنَّ الكفَّارات شُرِعَتْ للزَّجْر، والملوكُ لا تنزجر بالإعتاق، لسهولته عليهم، فتعين ما هو زاجِرٌ لهم، وهذا من النظر في المصلحة ولا تأباه القواعد، ولعله غيرُ مُنافٍ للتخيير، لإمكان حَمْل التخيير على فَقْد المعين لنوع منها. هذا مُلخَّصُ كلام القرافي». النفراوي، الفواكه الدواني ١/١١٣، وانظر كلام القرافي في «نفائس الأصول». وتبعَ القرافيَّ على ذلك الطوفيُّ الحنبليُّ في شرح مختصر الروضة (٣/٢١٦)، قال: «أمَّا تَعيينُ الصَّوم في كفَّارة رمضانَ على الموسِر، فليس يَبْعُد إذا أدَّى إليه اجتهادُ مُجتهِدٍ، =

ومثَّل القَرافيُّ لهذا القسمِ بالمنع من زِراعة العنب؛ لأنّه مصلحةٌ لإفضائه لعدم الخمر(١).

القسم الثّالث: المصالحُ التي لم يَشهَد الشّرعُ لها بالاعتبار ولا بالإلغاء، فهي مصالحُ مسكوتٌ عنها. والمرادُ بالاعتبار في هذا التّقسيم هو الاعتبارُ الخاصّ، أي لم تَرِدْ شواهِدُ خاصّةٌ باعتبار هذه المصلحة.

وهذا القِسْمُ على نَوْعَين:

الأوّل: انتفاءُ اعتبار الشّرعِ للمصلحة وإلغائه لها بالاعتبارين الخاصّ منه والعامّ. ويُمثِّلون لهذا النّوع من المصالح بمثال افتراضيٍّ، وهو أنَّا لو فرضنا أنَّه لم يرِدْ نصٌّ بمنع القتل للميراث، فإنَّ المعاملة بنقيض المقصود عِلَّةٌ لا عَهْدَ بها في تصرُّفات الشّرع بالفَرْض، ولا هي تُلائمُ تَصرُّفاتِ الشّرع، بحيث يُوجَد لها جِنْسٌ مُعتبَرٌ. وحُكمُ هذا النَّوع من المصالح أنَّه لا يَصحُّ التَّعليلُ بها، ولا بِناءُ الحكم عليها باتِّفاق؛ ومثلُ هذا من قَبيل التَّشريع المبتدإ الذي

= وليس ذلك من باب وَضْع الشَّرْع بالرأي، بل هو من باب الاجتهاد بحسب المصلحة، أو من باب تخصيص العامِّ المستفاد من ترك الاستِفصال في حديث الأعرابي، وهو عامٌّ ضَعيفٌ فيخصّ بهذا الاجتهاد المصلحيِّ المناسِبِ، وتخصيصُ العموم طَريقٌ مَهْيَعٌ. وقد فرَّق الشَّرْعُ بين الغنيِّ والفقير في غير مَوضِعٍ، فليَكُنْ هذا من تلك المواضِع». وقال ابن العربي في الاستشفاء متعقبا الجويني: «خفي عنه مذهب مالك أن كفارة الإفْطار على التخيير». [مطالع التمام ص١١٨].

(١) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٣، ٤٤٦، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٠، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٦.

لا أساسَ له من الشّرع(١).

النّوعُ الثّاني: أنْ تُلائم هذه المصلحةُ تصرّفاتِ الشّرع، وذلك بأنْ يُوجَد لهذا المعنى جنسٌ اعتبره الشّارعُ في الجملة بغير دليل مُعيَّنٍ. وهذا هو الاستِدْلالُ المُرسل، المسمَّى بالمصالح المرسلة(٢).

قال أبو حفص الفاسي: «...ما لَمْ يَشهَد له بالاعتبار ولا بالإلغاء أصلٌ مُعيَّنٌ، وهذا هو المرَسَلُ، ورَبْطُ الحُكم به يُسمّى **استصلاحًا واستدلالا**. قال الأبياريّ: «الاستِدْلالُ عِبارةٌ عن رَبْط الحكم بالمعنى المُناسِب الذي لا يَستَنِدُ لأصلٍ مُعيَّنٍ»اهـ»(٣).

وعلى هذا، فالمصلحةُ المرسلةُ أخصُّ من مُطلَق المصلحة؛ لأنّ مُطلق المصلحةِ قد تُلْغَى، وقد يَنصُّ على اعتبارها أصلٌ مُعيَّنٌ، وقد تكون مَسْكوتًا عنها ولا شاهدَ لها بالاعتبار الخاصِّ والعامّ. وعليه، فإنَّ المصلحةَ المرسلةَ أخَصُّ من مُطلَق المصلحة؛ **لأنَّ المرسلة مصلحةٌ بقَيْدِ السُّكوت عنها تعيينًا، مع اعتبار الشَّرْع لها اعتبارًا عامًا**(٤).

و«**المرسَلَة**» في اللُّغة مَأخوذةٌ من الإرسال؛ يُقال: **أَرْسَل الشَّيءَ أي أَطلَقَه وأَهمَلَه**(٥)، **ومنه قولُهم: فَرَسٌ مُرسَلٌ، أي: مُطلَقٌ.**

قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّآ أَرْسَلْنَا ٱلشَّيَٰطِينَ عَلَى ٱلْكَٰفِرِينَ تَؤُزُّهُمْ أَزًّا ﴿٨٣﴾﴾

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ١٢، الغزالي، شفاء الغليل ١٨٩.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ١٢.

(٣) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٤-٥، وقد نقل هذا النص عن أبي حفص الفاسيِّ علالٌ الفاسِيُّ في مقاصد الشريعة ١٤٤.

(٤) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٤.

(٥) ابن منظور، لسان العرب ١١/ ٢٨٥، الزبيدي، تاج العروس، ١١/ ٣٤٤.

[مريم: ٨٣]، قال أَبو العباس: وإِرسالُه الشياطينَ على الكافرين: **تَخْلِيَتُه وإِيَّاهم**، كما تقول: كان لي طائرٌ فأَرْسَلْته، أَي: **خَلَّيته وأَطلقته**[١].

قال الزَّبِيديُّ: «وقيل: الإِرْسالُ هنا: **الإِطْلاقُ والتَّخْلِيَةُ**، وبه فَسَّرَ أبو العَبَّاسِ الآيَةَ. **والإِرْسالُ** أيضًا: **الإِهْمالُ**، وهو **قَرِيبٌ مِن الإِطْلاقِ والتَّخْلِيَةِ**»[٢].

ومُتعلّقُ الإرسال في «المصالح المرسلة» هو اعتبارُ الشّارعِ وإلغاؤه للمصالح.

وإذا تبيَّن معنى كلٍّ مِن طَرَفي المركّب الوصفيّ: «المصلحةِ» و«المرسلةِ»-: يَخلُص لنا أنَّ «المصالح المُرسلة»: هي **المصالِحُ المُطلَقَةُ عن شَهادةِ الشَّرْع لها بالاعتِبار أو الإلْغاء**. وأعني بعدم الاعتِبار: الخاصّ منه.

قال ابنُ عاشور: «ومعنى كونِها مُرسلةً: أنّ الشّريعة أرْسلَتْها، فلم **تُنِط بها حُكمًا مُعيَّنًا، ولا يُلْفَى في الشّريعة لها نَظيرٌ مُعيَّنٌ له حُكمٌ شرعيٌّ فتقُاسَ هي عليه. فهي إذَنْ كالفَرَس المُرسَل غيرِ المُقيَّد**»[٣].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ١١/ ٢٨٥، قال الزجاج: «في قوله: ﴿أرسلنا﴾ وجهان: أَحدهما: أَنَّا خَلَّينا الشياطين وإِياهم، فلم نَعْصِمهم من القَبول منهم.
والوجه الثاني -وهو المختار-: أَنهم أُرْسِلوا عليهم، وقُيِّضوا لهم بكفرهم، كما قال تعالى: ﴿ومن يعش عن ذكر الرحمن نقيض له شيطانا﴾ [الزخرف: ٣٦]، ومعنى الإِرسال هنا التسليط. ابن منظور، لسان العرب ١١/ ٢٨٥.

(٢) الزبيدي، تاج العروس ٧/ ٣٤٤.

(٣) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٠٩، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٢٠.

المطلب الثاني

المصالح المرسلة: مفهومها اصطلاحا في المذهب المالكي

كان لأهل الأُصول عِنايةٌ بتعريف «المصالح المُرسلة» وجَلاءِ مَضمونها؛ وسأسُوق في هذا المَقام ما وَقفتُ عليه من تعريفاتٍ للمالكيِّين، وتقريباتٍ لمفهوم المصالح المرسلة، لأستخلِصَ من ذلك كلِّه مفهومًا واضِحًا للمصالِحِ المرسلة لَدَى عُلماء المذهَب المالكيّ:

التّعريف الأوّل:

قال القاضي ابنُ العَرَبيّ: «... **المصلحةُ وهو كلُّ معنى قام به قانونُ الشّريعة، وحصلت به المنفعةُ العامّة في الخليقة**»[1].

وتعريفُ القاضي ابنِ العربيّ هو من أجْوَد التّعريفات للمصلحة، وأدْناها إلى حَقيقتها.

والذي يَلوحُ للنّاظر في تعريفه، أنَّ المصلحة التي يَستنِدُ إليها مالِكٌ والتي عُزِيَ له التّفرُّد بها -كما حَكاه ابُن العربيّ عنه في سياق تعريفه للمصلحة-: هي المصلحةُ التي قامَتْ باعتبارها القواعدُ العامَّةُ في الشّريعة، وهو ما عبَّر عنه ابنُ العربيّ بـ «**قانون الشّريعة**». كما أنّ من مُرتَكَزات هذا التّعريف كونَ المصلحة ممّا

(١) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٧٧٩.

يَعُمُّ الخلقَ الانتِفاعُ بها، فليست من المصالح الخاصّةِ أو الفرديّةِ؛ وهذا قولُ ابنِ العربيّ: «**وحصلت به المنفعةُ العامّة في الخليقة**».

التعريف الثاني:

قال ابنُ رُشدٍ الحفيدُ[(١)] عن القياس المرسَل[(٢)] «وهو الذي ليس له أصلٌ مُعيّنٌ يَستَنِد إليه»[(٣)].

الذي يُؤخَذُ من هذا الإيضاح والتّقريب لمعنى القياس المرسَل، أنّ الشّرع لم يَشهَد لهذه المصلحة بأصل مُعيَّنٍ. غيرَ أنَّ ابنَ رُشْدٍ الحفيدَ لم يُبيّن في هذا الموضع هل كان لهذه المصلحة ما تستندُ إليه من أجناس المصالح العامّة في الشّرع، أم لا وُجود لهذا النّوع من الاستناد؟ إلّا أنه أبان عن الأمر في موضِعٍ آخَرَ من «بداية المجتهد»؛ قال:

«**القياسُ المُرْسَل: وهو الذي لا يَستند إلى أصلٍ منصوصٍ عليه في الشَّرْع إلّا ما يُعقَل من المصلحة الشّرعية فيه؛ ومالِكٌ رحمه الله يَعتَبِر المصالحَ وإنْ لم يستند إلى أُصولٍ منصوص عليها**»[(٤)].

فأوْضَح رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنّه وإنْ لم يكُن لهذه المصلحة أصلٌ مَنصوصٌ عليه، فإنَّ هذه المصلحةَ ممّا يُعقَل كونُها من المصالح الشّرعية،

(١) إذا أطلق المالكية في كتبهم «ابن رشد»، فإنما يعنون به الجدَّ صاحِبَ «البيان والتحصيل»، وإذا أرادُوا «الحفيدَ» صاحِبَ «بداية المجتهد»، قيَّدُوا.

(٢) والقياس المرسل هو الاستدلال المرسل؛ كما سيجيء بيانه في الألفاظ المرادفة للمصالح المرسلة.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٣٨.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ١/ ٣٥.

وذلك بأنْ يَجْريَ بها قانونُ الشَّرْع، كما هو في عبارة ابنِ العربيّ.

التعريف الثالث:

وعرَّف ابنُ عاشور المصلحةَ المرسلة بقوله: «**الوَصْفُ المُناسِبُ لتَعْليل حُكْمٍ غير مُستنِدٍ إلى أصلٍ مُعيَّنٍ في الشَّرْع، بل المصلحة العامَّة اللّازمة في نَظَر العَقْل قَطْعًا أو ظنًّا قَريبًا منه**»[1].

وقد عُنِيَ الأبياريّ رحمه الله في «**شرح البرهان**» بمبحث المصالح المرسلة أتمّ العناية، وخصَّها ببارع الأبحاث وآنق التّحقيقات؛ لِمَا صادفه من إمام الحرمين في هذا المبحث من حَطٍّ على المالكيّة وإمامِهم، وكون المسألة من الأُصول الكُليّة التي كان للمالكيّة اليدُ الطُّولى في اعتبارها والاستمساك بها في الفُروع الفقهيّة؛ فجاء منه هذا التّهمُّمُ والاعتِناء؛ فأفاد وأجاد؛ رحمه الله.

أمّا عن تعريفه هذا، فهو من أجلّ التّعريفات وأدناها إلى حقيقة المصالح المرسلة، فهي وَصْفٌ مُناسِبٌ مُلائمٌ للحكم لا سَنَدَ له من الأصول المعيّنة في الشّرع، وإنما هي مَصلَحةٌ تَرجع إلى لُزومها عقلا بالقطع أو الظّنّ القريبِ منه مع كونها مصلحةً عامّةً؛ ومعنى لُزومها في نظر العقل: أنها معقولةُ المعنى ليست على التّعبُّد الذي لا عِلَّةَ فيها على التّفصيل؛ لذلك عَقَّبَ ابنُ عاشور بأثر هذا

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢٢١، ٢/١٦٩.
عَزاه ابنُ عاشور في الموضع الأوّل إلى الأبياري، قال: «وعرَّفها الأبياري وغيره بأنها...». وقال في الموضع الثاني: «وضابِطُ معنى المصلَحةِ المُرْسَلَة عندنا، حَسَبَ ما يُستخلَصُ من عِبارات علمائنا...». فالظاهر أنَّ ما عزاه للأبياري مأخوذ من مضمون كلامه.

التّعريف بقوله: «فلذلك لا تدخُل التّعبُّداتُ على التّحقيق، وهو مُختارُ الشّاطبي في «الموافقات»»[١]

والمصلحةُ العامّةُ الواردةُ في التَّعريف هي المصلحةُ العائدةُ بالمنفعة على عُموم النّاس، كالذي مرَّ في تعريف ابنِ العربيّ.

تعريف الرابع:

قال القَرافيُّ: «**المصلحة التي لا يَشهَدُ الشّرعُ باعتبارها ولا بإلغائها**»[٢].

مُحصِّلُ هذا التّعريفِ هو سُكوتُ الشّرع عن اعتبار هذه المصلحة أو إلغائها.

لكنْ في تعريفه هذا قُصورٌ؛ إذْ لم يُبيِّن هل مِن حَقيقتها أنْ تكون هذه المصلحةُ تَجْري على نَسَقَ تصرُّفاتِ الشّارع في التّشريع، وهذا القيدُ مُعتبَرٌ عند القَرافي، إذْ نصَّ عليه في غير موضع؛ من ذلك قولُه في «نفائس الأصول»: «المصالحُ المرسلةُ التي لم نَجِدْ لها في الشَّرْع أصلا يَشهَد بخُصوصها، بل **بجنسها**؛ وهذا هو المصلحة المرسَلَةُ»[٣].

وقرَّر القَرافِيُّ في مَوضع آخَرَ من «نفائس الأصول»: أنَّ المالكيَّة لا تَعْني من المصالح إلَّا **مَصلحة شَهِد الشَّرْعُ باعتبار جنسها فقط**[٤].

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ٢٢١.

(٢) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، ابن فرحون، التبصرة ٢/ ١٥٤.

(٣) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٩-٤٢٨٠.

(٤) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٨٢.

التعريف الخامس:

قال الشَّاطبيُّ: «**الاستِدْلالُ المرسلُ** الذي اعتَمَده مالِكٌ والشَّافعيُّ؛ **فإنَّه وإنْ لم يَشْهَدْ للفَرْع أصلٌ مُعيَّنٌ فقد شَهِدَ له أصلٌ كُليٌّ**»[1].

وهذا التَّعريفُ لا يَخرُج عمَّا تقدَّم؛ فقد أبان أنَّ هذا النّوعَ من المصالح ممّا ثَبَتَ اعتبارُه بأصلٍ كُلِّيٍّ مأخوذٍ من تفاريق الشّريعة، بحيثُ أفاد عُمومًا مَعنويًا دلَّ على اعتبار هذه المصلحة، وأنّها جاريةٌ في مِضْمار الشّرع، وليس خارجةً عنه، ولا غريبة عن مِنْهاجه.

وللإمام الشّاطبيّ إشاراتٌ كثيرةٌ في بيان مفهوم المصالح المرسلة لا تندُّ عمّا قدَّمتُه؛ وهذه بعضُ عباراته الجَزْلة رَحِمَهُ اللهُ؛ قال: «... المصالح المرسَلَةُ يَرجع معناها إلى اعتبار **المناسِبِ الذي لا يَشهَدُ له أصْلٌ مُعيَّنٌ، فليس له على هذا شاهِدٌ شَرْعيٌّ على الخُصوص،ولا كونه مُناسِبًا، بحيث إذا عُرِضَ على العُقول تَلقَّته بالقَبول**»[2].

وقال في سياق تعليله لصنيع الصّحابة رضي الله عنهم في جمع المصحف: «مثلُ هذا النَّظَر من باب الاجتهاد **الملائم لقَواعد الشَّريعة**، وإنْ لم يَشهَدْ له أصلٌ مُعيَّنٌ، وهو الذي يُسمَّى المصالح المرسلة»[3].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٩-٤٠.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١١١.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٤١-٣٤٢.

التَّعريف السَّادس:

قال حُلولو: «**المرسلُ وهو ما لم يَشهَد له الشّرعُ باعتبارٍ ولا إهْدارٍ، ولكنَّه على سَنَن المصالح، وتَتَلَقَّاه العُقولُ بالقبول**»[١].

وهذا التَّعريفُ قد جَمَع تفاريقَ التَّعريفات السَّابقة؛ فالمصلحةُ المرسلةُ مَسكوتٌ عنها في الشَّرْع بالخُصوص؛ لكنّها جاريةٌ على سَنَنَ المصالح المعتبَرة في الشَّرْع، وكانت هذه المصلحةُ مما يُتعقَّل معناها، وتتلقَّاها الألبابُ بالقَبول والموافَقة.

وبعدَ سَوْقي لمختلَف هذه التّعريفات، أخلُص إلى استخراج المُرتَكَزات التي بُنِيَ عليها مفهومُ المصالح المرسلة؛ والذي لاح لي منها ما يلي:

المرتكز الأوّل: خُلُوُّ المصلحة من أصل مُعيَّنٍ شاهِدٍ لها بالاعتبار.

المرتكز الثّاني: جَرَيانُ المصلحة على وَفْقِ قانون الشَّرع، واندِراجُها في سِلْك العُمومات المعنويّة الثابتة باستقراء جزئيات الشريعة.

وبهذا القَيْد أو المرتكَز تذهَب كثيرٌ من الاعتراضات على المالكيّة في قولهم بالمصالح المرسلة؛ فغالبُ مَن اعتَرَضَ على المالكيَّة حَسِبَ أنَّ المصالح المرسلة ممّا يُوكَلُ أمرُها إلى إدراك العُقول وحَسْبُ، من غير أنْ يكون للشّرع صلةٌ بها. وهذا مَرْدودٌ؛ فالمالكيَّةُ لا يقولون بهذا اللَّون من المصالح؛ بل يَشترطون -كما

---

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١، (٣/ ٧٣٩، ٩٤٧، من النسخة المحقّقة).

سيَجيء تجليتُه في شُروط الاعتبار- جَريانَ المصلحة على سَنَن مَصالح الشّريعة، بأنْ تكون مُنخرِطَةً في عُموماتها المعنوية، ومُندرِجةً تحت قانون الشّرع.

قال الأبياريُّ ردًّا على ابنِ الجُوَينيِّ: «إنَّ أحدًا لا يُجوِّزُ اتّباعَ المصلحة المجرَّدة، بل المصالحُ التي **فُهِمَ من الشّريعة مُلاحظتُها**، وقد قدَّمنا أنَّ مقصد الشَّرْع أنْ يَحفَظ على الخلق خمسةَ أمور: وهي الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسب؛ فحِفْظُ هذه الأمور مصلحةٌ، وتَفويتُها مفسدَةٌ، فإذا لَحَظَ العُلماءُ هذه الأصولَ لم يَتباعَد اختلافُهم أصلا»[١].

وقال: «إنَّا قُلنا: لَسْنَا نُريد بالمصلحة في هذا المكان مُجرَّدَ جَلْبِ المنفعة ودَفْع المضرَّة؛ وإنّما نُريد بها المحافظة على رِعاية مقصود الشرع، وهذا إنّما يَعرفُه العلماءُ دون العوامّ، ولا يُتصوَّر لذي عَقْلٍ أنْ يُمكِّن العامِيُّ من الفتوى في الشّريعة»[٢].

كما أنَّ بعض الشَّافعية عَرَّف الاستِدْلالَ المرسَلَ على خِلاف ما هو عند المالكيّة؛ فكان كلامُهم بذلك في غير موضعِ خِلافٍ. فمثلاً فَسَّره ابنُ بَرهانَ في «الأوسط» **بأن: «لا يَستنِد إلى أصل كلِّيٍّ ولا جُزئيٍّ»**[٣].

---

(١) شَرح البرهان للأبياري ٢/ ١١٨-١٢٧، مخطوط مكتبة برنستون [بواسطة: مُقدِّمة تحقيق كتاب «التعيين شرح الأربعين» للطوفي ١٧-١٨].

(٢) شَرح البرهان للأبياري ٢/ ١١٨-١٢٧، مخطوط مكتبة برنستون [بواسطة: مُقدِّمة تحقيق كتاب «التعيين شرح الأربعين» للطوفي ١٧-١٨]، ونَقَلَ هذا النصَّ كذلك عن الأبياري: أبو حَفْصٍ الفاسيُّ في «شرح الزقاقية»: الملزمة ٣٥، ص٧.

(٣) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٣.

وهذا ما لم يَرِد عن المالكيّة، كما سبق بَسْطُه. وعلى هذا، فيجب أن يُرجَعَ في الحقائق المختلَف فيها إلى مفهومها عند أصحابها القائلين بها، ثُمَّ على أساس هذا المفهوم تُقامُ الحُجَج مُوافقةً أو مُعارضة؛ أمّا أن تُقرَّر معانيَ لا قائلَ بها، ثُمَّ يُستطرَد في الرَّدّ والمعارضة، فهذه سبيلٌ لا طائلَ من وَرائها[1].

المرتكزُ الثّالث: كونُ المصلحة ممّا تصطَبِغُ بلَون المُناسبات المعقولة، التي إنْ عُرِضت على العُقول قَبِلتها، وإنْ بُسِطَت إلى الألباب أقرّتها، وأذعنت لها.

المرتكز الرّابع: لَحْظُ وَصْفِ الكُليَّة في المصلحة المرسَلة، والمرادُ بالكليَّة أنّ شاهِدَ الاعتبار لهذه المصلحة هو المصلحةُ الكُليّةُ، أوْ على عبارة ابن العربيّ الرَّائقة: هي **قانون الشّرع**.

المرتكَزُ الخامس: وهذا المرتكزُ وارِدٌ في كلام ابن العربيّ والأبياريِّ وابن عاشور: وهو أنَّ المصالح التي يَعتمِدُها مالكٌ في فِقْهه هي المصلحةُ التي تتعلَّق بعُموم الخلق؛ فليست مصلحةً خاصّةً ببعضهم أو آحادهم. على أنَّ هذا يُعدُّ شَرْطًا في قَبول المصلحة المرسلة.

---

(١) وشبيهٌ بهذه المسألة ما وَقَع للمالكيَّة مع غيرهم في مسألة عَمَل أهل المدينة، فقد فَرَضَ بعضُ كِبارِ الأئمّة من الشّافعية أنَّ عمل أهل المدينة هو الإجماعُ الذي يَعتدُّ به مالكٌ، ولا إجماعَ إلّا إجماعُهم؛ وهذا لم يَقُل به مالِكٌ ولا أحدٌ من أصحابه. قال عياضٌ - مُنكرًا على مَنْ رَدَّ على المالِكيَّة قولَهم بعمل أهل المدينة -: «... وهم يَتكلَّمون في غير مَوضِع خِلافٍ؛ فمنهم مَنْ لم يَتصوَّر المسألةَ، ولا تَحقَّق مذهبَنا، فتكلَّموا فيها على تخمينٍ وحَدْسٍ؛ ومنهم مَنْ أَخَذَ الكلامَ فيها ممّن لم يُحقِّقه عنّا؛ ومنهم مَنْ أطالها، وأضاف إلينا ما لا نقوله فيها...». عياض، ترتيب المدارك ١/ ٦٧.

التَّعريف المختار:

وبعد التَّطواف على تعريفات المالكيّة وتقريباتهم للمصالح المرسلة، واستنباط المرتكزات التي يَتأسَّسُ عليها مَفهومُ المصلحة عندهم-: أنتهي إلى صَوْغ تعريفٍ يكون أقربَ إلى ماهية المصلحة المرسلة، وأدنى إلى حقيقتها:

فالمصلحةُ المرسلة هي: «**الوصفُ المناسِبُ غيرُ المستند لأصل مُعيّن في الشّرع، شَهِدَ له بالاعتبار أصلٌ شرعيٌّ كُليٌّ**».

وبَيانُ هذا التّعريف يكون كالآتي:

«**الوصف المناسب**»: دَخَل فيه المرتكزُ الثّالثُ، أي كونُ المصلحة معقولةً، فإذا عُرضت على العُقول قَبِلتها.

«غير المستند لأصل مُعيَّنٍ في الشَّرْع»: دَخَل فيه المرتكَزُ الأوَّلُ، وهو خُلوُّ المصلحة المرسلةِ من شاهِدٍ لها بالخُصوص.

«**شَهد له بالاعتبار أصلٌ شرعيٌّ كُليٌّ**»: يَدخُل في طَرَف هذا التّعريف المُرتكزان الثّاني والرّابع: أمّا المرتكزُ الثّاني فحاصلُه أنّ المصلحة ممّا جَرَت على منهاج الشّرع في اعتبار المصالح فليس غَريبةً عنه؛ وهذا ما جاء في التعريف. أمّا المرتكزُ الرّابع فاشتراطُ كونِ الشّاهد بالاعتبار كُليًّا مَصلحيًّا؛ وهذا ما أفاده التّعريفُ بقوله: «**أصلٌ شرعيٌّ كُليٌّ**».

المطلب الثّالث

المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة، والألفاظُ ذات الصِّلة بها

لَقَبُ «**المصالح المرسلة**» هو اللّقب المشهورُ لهذا الدّليل، وكثيرٌ من العُلماء يكثرون من إطلاق هذا اللقب على هذا الدليل، كالقرافي[١]، والشاطبي[٢]، والزركشي[٣]، وغيرهم[٤].

وللعُلماء ألقابٌ مُختلفة يُعبِّرون بها عن هذا الأصل؛ وسأُورِد في هذا الموضع ما وَقَفْتُ عليه من ألقاب وألفاظ تُرادِفُ هذا الأصل الاجتهاديّ:

١-عبَّر عنه الخوارزميّ في «الكافي» بـ«**الاستصلاح**»[٥]، وكذا ابنُ العربيّ في «القَبَس»[٦]، وابنُ الجوينيّ في «البُرهان»؛ قال عن مالك: «وقد اشتَهَر مذهبُه في استِصْلاحات مُرسلة يَراها»[٧]، وابنُ

---

(١) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٥-٤٤٦، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٩.

(٢) الشاطبي، الموافقات ١/ ١٠٢، ٢/ ٣٠٧، ٣٤٣، ٣٩٦.

(٣) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٣.

(٤) المشاط، الجواهر الثمينة ص/ ٢٤٩، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٢٠.

(٥) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٣.

(٦) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٨٠٢، وانظر القبس ٣/ ٤٦٠.

(٧) الجويني، البرهان فقرة ١٤٩٩، وانظر فقرة ١١٣١.

رشدٍ الحفيدُ في «الضَّروريّ في أصول الفقه»[١]، وأبو حَفْص في «شرح لاميّة الزّقاق»[٢].

٢-ويُلقّب بـ«**الاستدلال المرسل**»[٣]، سمّاه به الشّاطبيّ في «الموافقات»[٤]، والغزالي في «شفاء الغليل»[٥].

٣- وأطلَق إمامُ الحرمين وابنُ السّمعانيّ عليه اسم «**الاستدلال**»[٦]، وكذلك الأبياريُّ في «شرح البرهان»[٧]، وأبو حفص الفاسيّ في «شرح الزّقاقيّة»[٨].

٤-وممّا أُطلق عليه كذلك «**القياسُ المرسل**»: وممّن جرَى له التّعبيرُ به عن هذا الأصل: ابنُ رشد الحفيدُ في مواضعَ مُتعدِّدةٍ من «بداية المجتهد»، قال ابنُ رشد: «. . .فهو التفاتٌ إلى المصلحة، **وهذا النوعُ من القياس هو الذي يُسمَّى المرسَل**؛ وهو الذي ليس له أصلٌ مُعيَّنٌ يستند إليه، وقد أنكره كثيرٌ من العلماء، والظّاهِرُ من

(١) ابن رشد، الضروري في أصول الفقه ٩٨.

(٢) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٦، وقد نقل هذا النص عن أبي حفص الفاسي علال الفاسي في مقاصد الشريعة ١٤٤.

(٣) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٣.

(٤) الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٩-٤٠.

(٥) الغزالي، شفاء الغليل ١٨٨.

(٦) الجويني، البرهان٢/ فقرة ١١٢٧، ابن السمعاني، قواطع الأدلة ٢/ ٢٥٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٣.

(٧) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٦.

(٨) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٦، علال الفاسي، مقاصد الشريعة ١٤٤.

مذهب مالِكٍ القولُ به»[١].

٥-القياس المصلحيّ أو **قياس المصلحة**:

وهذان اللّقبان من إطلاقات ابنِ رُشْدٍ الحفيدِ؛ قال في «بداية المجتهد»: «. . .وإجازة مالك لذلك هو من باب **إجازته قياس المصلحة**»[٢]، وقال في موضع آخرَ: «. . . **القياس المرسَلُ** أعني **المصلحيَّ** الذي كثيرًا ما يقول به مالك»[٣].

ومما يَلزَم أنْ يُنبَّه إليه في هذا المقام أنَّ هُناك فرقًا دقيقًا بين «**المصالح المرسلة**» وبين «**الاستصلاح**» و«**الاستدلال المرسل**» وغيرها من الألقاب التي سبق بيانُها؛ فالمصالحُ المرسلة هي ذاتُ المصالح، أمّا الاستصلاحُ والاستدلالُ المرسَلُ والقِياسُ المرسل فهو رَبطُ الحكمِ بها، وبِناؤه على مُقتضاها.

قال أبو حَفص الفاسيُّ: «. . .ما لم يَشهد له بالاعتبار ولا بالإلغاء أصلٌ مُعيّنٌ، وهذا هو المرسل، ورَبْطُ الحُكمِ به يُسمَّى **استصلاحًا واستِدْلالا**. قال الأبياريّ: «الاستدلالُ عبارةٌ عن رَبْط الحكم بالمعنى المُناسِب الذي لا يَستَنِد لأصلٍ مُعيَّن»اهـ.»[٤].

وإنَّما عددتُ هذه الألقابَ في سِلك مُرادفات المصالح المرسلة، مع وُجود فارق بينها وبين المصلحة المرسلة- : لتجوُّز العلماء في إطلاق

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٣٨، ١/ ٣٥.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ٣٠٩.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٣٢٧.

(٤) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٤-٥، وقد نقل هذا النص عن أبي حفص الفاسي علال الفاسي في مقاصد الشريعة ١٤٤.

هذه الألقاب على هذا الأصل.

وممّا يَتعلّق بأذْيال الألفاظ ذات الصّلة، بيانُ الفرق بين المصالح المرسلة والبِدَع؛ وهذا لِمَا وَقَع من خَلْط بين المصطلَحين؛ إذْ كثيرٌ ممّن يحتجّ للبدع يَستند في زعمه إلى أصل المصالح المرسلة؛ والأمر على خلافه.

الفرق بين المصالح المرسلة والبدع:

البدعة هي: «عبارةٌ عن طريقة في الدِّين مُخترعةٌ تُضاهي الشّرعيةَ، يُقصَد بالسُّلوك عليها المبالغةُ في التّعبُّد لله سبحانه»[(١)].

وعُرِّفت البدعةُ المذمومة كذلك بأنَّها: «التي خالفت ما وَضَع الشّارعُ من الأفعال أو التّروك»[(٢)].

وممّن اعتنى بالفرق بين المصالح المرسلة والبدع الأستاذُ الشّاطبيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كتاب «الاعتِصام»؛ فبعد أنْ أبان عن شُروط مالِكٍ في اعتبار المصالح المرسلة، أوْضَح عدمَ انطباقها على البدع؛ وهذا مُعتصَرُ ما ذَكرَه:

البِدعُ في حقيقتها ووَضْعها مخالفةٌ للمصالح المرسلة، ومُضادّةٌ لها، وليس لهما موضعُ توافُقٍ أو التِقاء؛ وجِهاتُ الخُلْفِ والتّبايُن بين البدع والمصالح المرسلة تتجلّى في أمور:

أوّلاً: جِهَةُ التّعلُّق: موضوعُ المصالح المرسَلَة ما عُقِل معناه على التّفصيل؛ لذلك فإنّ مَجال العَمَل بها هي مَجالُ العادات

(١) الشاطبي، الاعتصام ١/ ٤٣.
(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٤٢.

والمعاملات، أمّا التّعبداتُ فإنَّ من حقيقتها أنْ لا يُعقَل معناها على التّفصيل؛ فلهذا لم يَكُن للمصالح المرسلة في جانب العبادات تَعلُّقٌ. ومعلومٌ أنَّ البِدَعَ المذمومةَ في الشَّرْع إنّما هي في العِبادات لا في العادات أو المعامَلات؛ وعلى هذا فإنَّ جِهَة التّعلُّق لكلٍّ من البِدَع والمصالح المرسلة مُنفكَّة لا اشتِراكَ بينهما[١].

وظاهِرٌ من مَذهب مالك تشدُّده في أمور العِبادة تشدُّدًا بالِغًا. لكنْ نَرَى أنَّ كثيرًا من المتأخِّرين من المالكية يُجْرون أصلَ المصالح المرسلة في باب العِبادات، فيما يَدْخُل في مُسمَّى البدعة الإضافية، ويلحظون بعض المعاني المصلحية فيها؛ كأبي سَعيدِ بن لُبِّ وغيره. وجَرَت بين المتأخرِّين مسألة ظَهَر فيها اختلافُهم في تأصيل معنى البدعة ومَدَى انبنائها على المصالح المرسلة، وهي مسألةُ الدُّعاء جماعة عقب الصوات المكتوبات. فقد أنكر ذلك الشاطبيُّ، وخالفه فيها مخالفون على رأسهم أبو سعيد بن لُبِّ، وكتب في تأييد الدُّعاء «لسان الأذكار والدعوات، مما شُرِعَ في أدبار الصلوات»[٢]. ومن جملة ما قال: «إنْ صحَّ أنه لم يكن من عمل السلف فالترك ليس بموجب لحكم في المتروك إلا جواز الترك وانتفاء الحرج فيه خاصَّةً. وأمَّا تحريم أو كراهة فلا، لاسيما ما له أصل جملي كالدعاء. فإنْ صَحَّ أنَّ السلف لم يعملوا به، فقد عمل السلف بما لم يعمل به من قبلهم مما هو خير؛ كجمع

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٧.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٧٠.

المصحف ثم نقطه وشكله ثم نقط الآي ثم الفواتح والخواتم وتحزيب القرآن والقراءة في المصحف في المسجد، وتسميع المؤذن تكبير الإمام، وتحصير المساجد عوض التحصيب، وتعليق الثريات، ونقش الدنانير والدراهم بكتاب الله وأسمائه. وقال عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور». فكذلك **تحدث لهم مُرغِّباتٌ، بقدر ما أحدثوا من الفتور**»[١].

على أنَّ المتأخِّرين ليسوا على قولٍ جَميعٍ في إعمال المصالح المرسلة في بعض ما قيل فيه إنه بِدْعةٌ إضافيةٌ. لكنَّ التحقيق في مَذْهَب مالِكٍ نفسه: هو عَدَمُ إعْمالها.

لكنْ قد يقال إنَّ المصالح المرسلة قد تدخل في بعض العِبادات فيما وُجِدَ التعليلُ فيه معقولا معقولية يُبنَى عليه حُكْمٌ، كصَنيع عثمان في الأذان، وصنيع عُمَرَ في جمع الناس على إمام واحِدٍ وتكثير الرَّكعات المصلَّى بها في نظير تقْليل القراءة في الرَّكعات، لطُول القيام. فإبْلاغ الأذان، واجتِنابُ الفرقة، والتخفيف على الناس في القِيام: من المعاني المصلحية المعقولة، لذلك أُعْمِل أصلُ المصالح المرسلة!

وقد يُقال كذلك: إنَّ التعويل على هذا الأصل في باب العبادات، يُعارِضُ أصْلاً آخَرَ في الشَّرْع، وهو أصلُ سَدِّ الذرائع؛ إذْ سُلوكُ سبيل المصالح في باب العبادات، يُخرِجُ العباداتِ عن رُسومها المعلومة في الشَّرْع، لأنَّ الحادِثَ يُزاحِمُ المشروع

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٧٠. وانظر سنن المهتدين، للمواق ٢٣١.

الأصليّ.

ثانيا: المُلاءمة لمقاصد الشّرع: إنّ البدع في عامَّة أمرها لا تُلائم مقاصِدَ الشَّرْع، بل إنّما تُتصوَّر على أحد وَجْهين:

إمّا أنْ تكون مُناقضةً لمقصوده.

وإمّا مَسكوتًا عنها، كحِرْمان القاتل ومُعاملته بنقيض مقصوده، على تقدير عدم النّصّ.

وقد تقدم اطِّراحُ القِسْمين وعدمُ اعتبارِهما[١].

ثالثا: المصالحُ المرسَلَةُ تَرجع إمّا إلى حفظ أمْرٍ ضَروريٍّ من باب الوَسائل أو إلى التّخفيف. وهذا يُخالف وَضْعَ البدع؛ لأنَّ البدع ليست من باب الوَسائل، لكونها مُتعبَّدًا بها بالفَرْض، ولأنّها زيادةٌ في التَّكليف، وهو مضادٌّ للتَّخفيف.

فحصلَ من هذا كُلِّه أنْ لا تعلُّق للمبتدع بباب المصالح المرسلة إلّا القسم الملغى باتّفاق العُلماء[٢].

* * *

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٧-٥٨.
(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٨.

المطلب الرَّابع

مذاهب العلماء في المصالح المرسلة

لقد تباينت أقوالُ العلماء في الاحتجاج بالمصالح المرسَلَة على مذاهبَ كثيرةٍ، وسأعرض هذه المذاهبَ فيما يلي، وأُعْنى على وَجْه الخُصوص بمذهب الغزاليِّ ومذهب شيخِه ابنِ الجوينيّ - رحمهما الله-:

الفرع الأوَّل

بيانُ مذاهبِ العلماء في حجّيّة المصالح المرسلة

مِن تَمام بحث المصالح المرسلة عند المالكيَّة، أن يُطرق بالبيان مذاهبُ العلماء في حُجِّية هذا الأصل. وعليه، فقد كان للعُلماء في حجيّة المصالح المرسلة مذاهبُ شتَّى، وهذا بيانُها:

- **المذهب الأوّل: المصالح المرسلة ليس بحُجَّةٍ مُطلقًا.**

عَزاه بعضُ الشّافعية كالزَّرْكشي[١] والتّاج السبكي[٢] للأكثرين. وهو مَذهَبُ القاضي أبي بكر بن الباقِلاني المالكي[٣]، قال ابنُ

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤.

(٢) السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/ ١٧٨، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

(٣) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١، ابن عاشور، حاشية التصحيح والتوضيح ٢/ ١٦٩.

الجوينيِّ: «فذَهَب القاضي وطَوائفُ من مُتكلِّمي الأصحاب إلى رَدِّ الاستِدْلال، وحَصْر المعنى فيما يَستَنِدُ إلى أصل»[١]، وحكاه ابنُ بَرْهان عن الشّافعيّ[٢].

● **المذهب الثاني: المصالح المرسلة حُجَّةٌ مُطلقًا.**

حكاه بعضُ الشّافعية عن مالِكٍ، قال ابنُ الجويني: «وأفْرَطَ الإمامُ إمامُ دارِ الهجرة مالكُ بن أنس في القول بالاستِدلال، فرُئي يُثبت مَصالحَ بَعيدةً عن المصالح المألوفةِ والمعاني المعروفةِ في الشَّريعة»[٣].

وتَبعَ بعضُ المالكيّة إمامَ الحرمين في هذه العَزْوة لإمامِهم[٤].

وحَكاه بعضُ الشّافعية قولاً قديمًا عن الشّافعي[٥].

● **المذهب الثّالث: إنْ كانت المصلحةُ مُلائمةً لأصل كليّ من أصول الشّرع قُبلَتْ، وإلّا فلا[٦].**

نَسَبَه ابنُ الجُوينيِّ إلى الشّافعيّ ومُعظم الحنفيّة، قال: «وذَهَب الشّافعيُّ ومُعظَمُ أصحابِ أبي حنيفةَ رضي الله عنهما إلى اعتماد

---

(١) الجويني، البرهان فقرة ١١٢٨، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٣-٨٤، ابن عاشور، حاشية التصحيح والتوضيح ٢/ ١٦٩.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤.

(٣) الجويني، البرهان ١١٢٩، الجويني، البرهان فقرة ١١٣١، ابن السمعاني، قواطع الأدلة ٢/ ٢/ ٢٥٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤.

(٤) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

(٥) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

(٦) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٥.

الاستدلال، وإنْ لم يَستَنِد إلى حكم متّفق عليه في أصل؛ ولكنّه لا يَستجيزُ النّأيَ والبُعْدَ والإفراطَ، وإنّما يُسوِّغ تعليقَ الأحكام بمصالح يَراها شَبيهةً بالمصالح المعتبَرة وِفاقًا، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتةِ الأصولِ قارَّةٍ في الشّريعة»[١].

وتَبِعَه ابنُ بَرْهان في «الوَجيز» فعَزاه للشّافعيّ وقال: «إنّه الحقُّ المختار»[٢].

وسيأتي أنَّ مذهب مالِكٍ على التّحقيق هو هذا المذهَبُ، فمذهبُه ومذهب الشّافعي سواءٌ، كما قرّره الأبياريّ[٣]، وبعده الشّاطبيُّ[٤].

● **المذهب الرّابع: تخصيصُ الاعتبار بما إذا كانت تلك المصلحةُ ضَروريّةً قطعيّةً كُلّيّةً، فإنْ فات أحدُ هذه الثّلاثة لَمْ تُعتبر[٥].**

والمرادُ بـ: «الضرورية» ما يكون من الضّروريات الخمس التي تحصل المنفعة منها، و«الكُليَّةُ» ما كانت الفائدةُ فيها تعُمّ جميعَ المسلمين؛ احترازًا من المصلحة الجزئية لبعض النّاس، أو في

(١) الجويني، البرهان فقرة ١١٣٠، ١١٣١، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٥.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٥.

(٣) مقدمة تحقيق كتاب التعيين شرح الأربعين للطوفي ١٧-١٨، نقلا عن شرح البرهان للأبياري ٢/ ١١٨-١٢٧، مخطوط مكتبة برنستون. ونقل ذلك عن الأبياري أبو حفص الفاسي في شرح الزقاقية: الملزمة ٣٥، ص٧.

(٤) الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٩-٤٠.

(٥) الغزالي، المستصفى ١/ ٤٢١، القرافي، شرح التنقيح ٤٤٦، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ١٠٩-١١٠.

حالة مَخْصوصَةٍ[١]، كتغريق واحِدٍ من أصحاب السّفينة لنجاة الباقين[٢].

واحترز بـ«القطعيَّة» من الظّنيّة، قال الغزاليّ: «والظّنُّ القَريبُ من القطع كالقَطْع»[٣].

وهذا المذهَبُ اختيارُ الغزاليّ في «المستصفى»[٤]، والبيضاويّ[٥]، وغيرِهما[٦].

ومَثَّلَ الغَزاليُّ لذلك بمسألة التّترّس، وهي إذا ما تترّس الكفّارُ بجماعة من المسلِمين، فلَوْ أنّا رَمَيْنا التّرسَ لقتلنا مُسلمين دون جريمة صَدَرت عنهم؛ والنّظرُ المصلحيُّ يَقضي بأنّ هذا الأسير مَقتولٌ بكلّ حالٍ؛ لأنّا لَوْ كففنا عن التّرس لسَلّطنا الكفّارَ على جميع المسلمين فيقتُلونَهم، ثمّ يقتلون الأُسارى أيضا، فحفظُ المسلمين أقربُ إلى مقصود الشَّرع؛ لأنّا نقطع أنَّ الشَّارع يَقصد تقليلَ القتلِ كما يَقصد حَسْمَه عند الإمكان، فحيثُ لم يُقْدَر على الحَسْم فقد قدرنا على التَّقليل. وهذه المصلحةُ عُلِمَ بالضَّرورة كونُها مقصودةً للشَّارع، لا بدليل واحد، بل بأدلّة خارِجة عن

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٦، السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/ ١٧٨.
(٢) السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/ ١٧٩، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.
(٣) الغزالي، المستصفى ١/ ٤٢٤، السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/ ١٧٩، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.
(٤) الغزالي، المستصفى ١/ ٤٢٠-٤٢١.
(٥) السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/ ١٧٨.
(٦) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٦.

الحصر، ولكنَّ تحصيل هذا المقصود بهذه السَّبيل، وهو قتلُ مَنْ لم يَجْترِحْ ذنبًا، لَمْ يَشهَد له أصلٌ مُعيّنٌ. وهذه المسألةُ مما يَنطبِقُ عليها الشُّروطُ الثَّلاثة التي ذَكَرها الغزاليُّ: من كونها ضَروريَّةً، وكُليَّة، وقطعيَّة[١].

المذهب الخامس: قَبولُ المصلحة المرسلة إنْ كانت في رُتبة الضَّرورة أو الحاجة، لا إنْ وَقَعَت في رُتبة التَّحسين والتَّزيين.

وهذا ما ذَهَب إليه الغزاليُّ قبلُ في كتاب «شِفاء الغليل»، فالمصلحةُ المرسلة مقبولةٌ عنده ما لم تَنحدِر إلى رُتبة التّحسين والتَّزيين. غيرَ أنَّ المذهب المعتمَد عنده هو ما سَبَقَ؛ لأنّ تأليفَه للـ«مُستصفى» كان بعدَ كتاب «شِفاء الغليل»[٢]، والعمدةُ في مثل هذا على المتأخِّر.

المذهب السَّادس: التَّفريقُ بين العبادات والمُعاملات، فتُقبَلُ المصلحةُ المرسلةُ في المُعاملات دون العباداتِ.

وهذا مذهبُ الأبياريِّ[٣]، والشَّاطبي[٤]، ونَسباه للمذهب المالكيِّ.

---

(١) الغزالي، المستصفى ١/ ٤٢٠-٤٢١، الإبهاج شرح المنهاج ٣/ ١٧٨، الزركشي، السبكي، البحر المحيط ٨/ ٨٧، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦.

(٢) الغزالي، شفاء الغليل ٢٠٩، الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١١١-١١٢، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

(٣) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١، أبو زرعة العراقي، الغيث الهامع في شرح جمع الجوامع ٣/ ٧٢٥، الزركشي، تشنيف المسامع ٣/ ٣٠٢.

(٤) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٧، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

والذي يَظهَر لي أنَّ عَدَّ هذا مذهبًا ليس بالقويم؛ لأنَّ إخْراج المصالح المرسلة عن مَجال العبادات ممَّا لا يُعلَم فيه مُخالفٌ على الجُملة؛ لعَدَم دُخول التَّعليل فيها على التَّفصيل.

الفرع الثَّاني

مذهب الغزّاليّ والتَّعقيب عليه

وقد اعتَرَضَ المالكيَّةُ وغيرُهم مذهبَ الغزاليّ من الجِهات الآتية:

أوَّلا: إنَّ الشُّروط التي وَضَعها الغزاليُّ تُخرِجُ المسألةَ عن أنْ تكون مُختلَفًا فيها؛ لأنَّ اعتبارَ المصلحة بهذه القُيود من المقطوع به في الشَّريعة الأخذُ بها، ولا مُخالفَ عندها. وعلى هذا، فإنَّ ذلك لا يُعدُّ من المصالح المرسلة التي خاضَ فيها الخائِضون، وتنازع فيها المتنازِعون.

قال أبو العباس القُرطبيُّ: «هي بهذه القُيود لا يَنبَغي أنْ يُختَلَف في اعتبارها»[١].

وقال تاج الدِّين بنُ السُّبْكيّ: «إنَّ فرض المسألة بالشُّروط المذكورة ممَّا عُلِمَ من الشَّرع اعتبارُه قَطْعًا، وليس من المرسل المختلَف فيه»[٢].

---

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٧.

(٢) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١-٤٠٢، الزركشي، تشنيف المسامع في شرح جمع الجوامع ٣/ ٣٠٠.

ثانيًا: وقد اعتَرض بعضُ المالكيَّة على الغزاليّ بما مُحصِّلُه: أنَّ هذه الشروط التي وَضَعَها ممَّا لا وُقوعَ لها في الخارج؛ فهي شروط لا تُتصوَّر إلَّا في الذِّهن. وعليه، فإنَّ مآلَ مذهب الغزاليّ هو عَدَمُ القول بالمصالح المرسلة رأسًا.

قال الأبياريُّ: «ما قاله غيرُ صحيح، ولم يُبْد دليلا على ما ادَّعاه، بل اقتصَر على مُجرَّد الدَّعوى، واعتبارُه القُيود الثَّلاثة، وهي كونُه ضروريةً قطعيَّة كُليَّة، **أمرٌ لا يُتصوَّر وُقوعٌ له في الشَّريعة أصلا**»[(١)].

وأمَّا ابن المنيِّر فقال: «هو احتِكامٌ مِنْ قائله، ثمَّ هو تَصويرٌ بما لا يُمكِنُ **عادةً ولا شَرْعًا**: أمَّا عادةً، فلأنَّ القطع في الحوادث المستقبلة لا سبيلَ إليه، إذْ هو غَيْبٌ عنها. وأمَّا شَرْعًا، فلأنَّ الصَّادِقَ المعصومَ أخبرنا بأنَّ الأُمَّة لا يَتسلَّط عَدُوٌّ عليها ليستأصل شَأفتَها، قال: وحاصِلُ كلام الغزاليِّ ردُّ الاستِدْلال؛ لتضييقه في قَبوله باشتراط ما لا يُتصوَّرُ وُجودُه»[(٢)].

---

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١-٤٠٢.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٧. ونقل أبو العباس الشَّماعُ بعضَ هذا الاعتراض عن بعض المتأخِّرين من المالكية، دون أنْ يَنُصَّ عليه، «مَطالع التمام» ص/ ١١٤. وتَعقَّب الزَّركشيُّ اعتراضَ ابن المنير بقوله: «لا حُجَّةَ له في الحديث؛ لأنَّ المراد كافَّة الخلق، وصورة الغَزالي إنَّما هي في أهل مَحلَّةٍ بخُصوصهم استَوْلَى عليهم الكُفَّارُ، لا جميع العالَم». الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٧-٨٨، وجوابُ بَدْرِ الدِّين سَديدٌ.

الفرع الثَّالث

مذهب ابنِ الجُوينيِّ والتَّعقيب عليه

المذهَبُ الذي اختاره الإمامُ ابنُ الجُوينيِّ وعَزاه للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ، هو أنَّ المصالح التي تكون قَريبةً من المصالح التي اعتبرها الشَّارعُ في جملة أحكامه-: تكون مُعتبرةً، أمَّا إذا تناءت هذه المصالحُ وبَعُدت عن المصالح التي عُهِدَ من الشَّارع الالتِفاتُ إليها، والنَّسْجُ على مِنوالها، والسُّلوكُ في سَبيلها-: فإنَّ هذا النَّوعَ من المصالح لا اعتمادَ عليه، ولا يَصحُّ الاستناد إليه، ولا تَعويلَ على ما كان من هذا القَبيل، وأَخَذَ هذا السَّبيل.

قال ابنُ الجُوينيِّ: «فإنْ قيل: فما معنى التَّقريبِ الذي نَسبتُموه إلى الشَّافعيِّ، قُلْنا: هذا محزُّ الكلام، ونَحن نقول: قد ثَبَتت أصولٌ مُعلَّلَةٌ اتَّفق القايسون على عِلَلها، فقال الشَّافعيُّ: أتَّخذُ تلك العِللَ مُعتصَمي، وأجعلُ الاستدلالاتِ قريبةً منها، وإنْ لم تكُن أعيانَها، حتَّى كأنَّها مثلا أصول، والاستدلالُ مُعتبرٌ بها، واعتبارُ المعنى بالمعنى تَقريبًا أوْلى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامِع، فإنَّ مُتعلَّق الخصم من صورة الأصل معناها لا حُكمها، فإذا قرب معنى المجتهد والمستدلّ فيما يَجتهد إلى الشَّرع ولم يرده أصل، كان استِدْلالاً مقبولاً»[1].

(١) الجويني، البرهان فقرة ١١٤٢، وانظر: الجويني، البرهان فقرة ١١٣٠، ١١٣١، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٥.

وكان للأبياريِّ المالِكيِّ نَظَرٌ قويٌّ فيما نَحَا إليه الإمامُ ابنُ الجُوينيّ وارتضاه؛ مُحصِّلُه: أنَّ التَّقريبَ الذي ادَّعاه الجوينيُّ لا تَحقيقَ فيه؛ فالقُرْبُ والبُعْدُ لا ضابِطَ لهما، ولا حدَّ يُوقَف عندهما؛ إذْ إعمالُ المصلحة له طَرَفان: الأوَّلُ: إعمالُها في الوَجْه الأخصِّ وهو المؤثِّرُ؛ وهذا بابُه القياسُ. والطرف الثاني: إعمال المصلحة بمُجرَّد قربها من المصالح المعتبرة، وهذا يُدخل كلَّ المصالح، وهو ما أبطله ابن الجويني نفسُه. وما بين الطَّرفَين رُتَبٌ مُتفاوتةٌ في القُرْب والبُعْد لا تنضبط، ولم يأتِنا الجوينيُّ بما يضبط ذلك إلا كلمة التقريب.

قال الأبياريُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «شَرح البُرهان» بعد أنْ نَقَل عن ابن الجُوينيِّ نَصَّه السَّابق في تفسير معنى التَّقريب: «يُقال له: **هذا التَّقريبُ ما حَدُّه وما المُراد منه**، وفي أيِّ جِهةٍ يُشتَرَط التَّقارُبُ، أفي مُجرَّد مصلحة أو في وَجْهٍ آخر أقربَ من ذلك؟:

فإن اكتَفَى بمُجرَّد التَّقارُب في المصلحة أُعمِلَت جَميعُ المصالح؛ وإن اشتَرَط الاشتراكَ في الوَجْه الأخصِّ؛ فهو المؤثِّرُ بعَيْنه، وبين الدَّرجتَين رُتبٌ مُتفاوتَةٌ في القُرْب والبُعْد، لا تَنْضَبِطُ بحالٍ»[1].

لكنْ قد يقال: إنْ كان هذا ردَّ الأبياري على ابن الجويني، فكيف يدفع ما فَسَّر به الأبياريُّ نفسُه المصالح المرسلة في مذهب

(١) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٨، ونقل هذا النص عن أبي حفصٍ علالُ الفاسِيُّ في كتابه مقاصد الشريعة ١٤٥-١٤٦.

مالك، من أنها المصالحُ التي تَجْري على سُنن المصالح التي جاء به الشرع، فهل يَصحُّ أنْ يُقال إنَّ معنى التقريب الذي جاء به ابنُ الجويني هو هذا الذي فَسَّر به الإمام الأبياري مذهب مالك.

وقد ذكر التاج السبكي أنَّ الجويني قارب في مذهبه الذي ذهب إليه ما نسبه لمالك: قال ابنُ السبكي في مباحث العلة: «فإنْ دلَّ الدليل على إلغائه فلا يُعلل به، وإلا فهو المرسل **قَبِله مالك مطلقًا، وكاد إمام الحرمين يوافقه مع مناداته عليه بالنكير...**»[1].

* * *

(١) السبكي، جمع الجوامع، (مع حاشية العطار)، ٢/ ٣٢٧-٣٢٨.

المبحث الثَّاني

المصالح المرسلة في المذهب المالكي
حجيتها، وشروط العمل بها، ومجاله

● تمهيد:

بَعدَ بَيانِ مفهوم المصالح المرسلة ومذاهبِ العلماء في حُجّيَّة هذا الأصل الاجتهاديِّ، نَأتي على تَجْلية مذهبِ المالكية والتَّحقيقِ فيه: في حُجيَّة هذا الأصل، وفي الشُّروط المشترطة لإعماله والتَّفريع على مُقتضاه، وفي المجالات التي يكون لهذا الأصلِ جَوَلانٌ فيها. وعليه، فإنَّ هذا المبحث سيَنتظِم خمسةَ مطالبَ؛ هي:

المطلب الأوَّل: حجّية المصالح المرسلة في المذهب المالكيّ.

المطلب الثَّاني: التَّحقيق فيما عَزاه ابنُ الجوينيّ للإمام مالك.

المطلب الثَّالث: التحقيق في تفرُّد المالكيَّة بأصل المصالح المرسلة.

المطلب الرَّابع: شُروط العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكيّ.

المطلب الخامس: مَجالُ العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكيّ.

المطلب الأوَّل

حُجيَّة المصالح المرسلة في المذهب المالكيِّ

تَتابَع عُلماءُ المذهَب المالكيّ على نسبة القول بالمصالح المرسلة إلى مالِكٍ، وعلى عَدِّ هذا الأصل من الأُصول التي تميَّز بها المذهبُ المالكيِّ عن سِواه من المذاهِب، إمَّا على سبيل التَّفرُّد المُطلَق به، وإمَّا على سَبيل كثرة التَّفريع على وَفْقه، كما سيأتي بَحثُه في مَوْضعه.

والمصلحةُ تُسايرُ الاجتهادَ المالكيَّ في أي وِجْهَة هو مُوَلّيها، وهي مُشايِعةٌ له في أيِّ شِعبٍ من شِعاب النّظر سَلك؛ فالمصلحةُ بحقٍّ هي «قُطبُ الرَّحى في المذهب المالكيّ»(١). وهذه مزيَّةٌ مُنيفةٌ تجعل هذا المذهبَ من أسدِّ المذاهب في الالتفات إلى المصالح التي راعاها الشَّارعُ في أحكامه، وأحسنِها في مُسايرَة طبيعة التَّطوُّر الحاصل في الحياة، وأجودِها في النَّظر إلى مصالح النَّاس تحصيلا لها ورَفْعًا للحَرَج المتوقَّع أو الواقع بالخلق؛ ممَّا يكفُل لهذه الشَّريعة الخالدةِ الصُّلوحيَّةَ للتَّشريع في كلِّ زمان ومكان، من غير أن تَخرُج بالنَّاس عن سَماحة الإسلام ويُسْرِه.

وهذا القاضي ابنُ العربيّ قَيِّمُ مَذهَب مالِكٍ ومُحقِّقُه يُبْرِزُ أنَّ نَظر مالِكٍ يَختلِف عن نَظر غيره من الأئمَّة، بأنَّه أكثرُ لَحْظًا للمصالح، واعتبارًا لها في اجتهاداته؛ فقال في مسألةٍ اختلف فيها مالكٌ

---

(١) أبو زهرة، مالك ص/ ٣٣٥.

والشَّافعيّ -رحمهما الله تعالى-: «**والشافعيُّ ومَنْ سِواه لا يَلْحَظون الشَّريعةَ بعَيْن مالِكٍ** رَحِمَهُ اللهُ، ولا يَلتفِتون إلى المصالح، ولا يَعتبِرون المقاصِدَ؛ وإنَّما يَلْحظون الظَّواهرَ، وما يستنبطون منها»(١).

وكلامُ ابنِ العربيّ وإن كان فيه من التَّعميم الذي ليس يُرضى ولا يُوافَقُ عليه، إلَّا أنَّ أصْلَ تميُّز مالك وأصحابِه بالنَّظر المصلحيِّ ممَّا لا يُمكن أنْ يَدفعه مُنصفٌ.

وفي هذا المقام أُورد نُصوصًا من أئمَّة المذهب المالكيِّ في تقرير هذا الأصل أصلا لمالك، وأصلا للمذهب المالكيِّ:

قال أبو عبيد الجبيري (ت ٣٧٨هـ): «وقد تَرِدُ له رحمه الله نُصوصٌ في حوادث **عَدَلَ فيها عن الأُصول التي أصَّلَها**: إمَّا... أو **ضَرْبٍ من المصلحة**، إذْ كان من مذهبه رحمة الله عليه **الحكم بالأصلح** فيما لا نَصَّ فيه، ما لم يَمنَع من ذلك ما يُوجِبُ الانقياد له»(٢).

وقال ابنُ العربيّ: «... عَوَّل مالكٌ رَحِمَهُ اللهُ في هذه المسألة على المصلحة، وهي أحدُ أركان [أصول] الفقه على ما بَيَّنّاه...»(٣).

(١) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/ ١٢٥.
(٢) الجبيري، التوسط بين مالك وابن القاسم، [نقلا عن ملاحق مقدمة ابن القصار، تحقيق السليماني، ٢١٢-٢١٣].
(٣) ابن العربيّ، القبس ٤/ ١٥٠.

وقال ابنُ رشد الحفيدُ في «بداية المجتهد» عن القياس المرسل: «... وقد أنكره كثيرٌ من العلماء، **والظَّاهِرُ من مذهب مالك القولُ به**»[1]، وقال في موضع آخَرَ: «**مالِكٌ** رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَعتبِر المصالح، وإنْ لم يَستَنِد إلى أُصول منصوص عليها»[2]، وقال: «... القياسُ المرسل، أعني المصلحيَّ، الذي كثيرًا ما يقول به مالكٌ»[3].

وقال ابنُ رُشْد الحفيد في كتاب «الضَّروريّ في أصول الفقه»: «وقد عُذِلَ مالكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ على هذا؛ فإنَّه كثيرا ما يَلتَفِت إلى هذا الجنس»[4].

قال القرافي في «الذخيرة»: «المصلحة المرسلة قال بها مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ وجَمْعٌ من العُلماء»[5].

وقال ابنُ السَّرَّاج: «تقرَّر من أنَّ مذهب مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ القولُ بالمصالح المرسلة، وهي أنْ تكون المصلحة كُليَّةً مُحتاجًا إليها...»[6].

وقد عَدَّ هذا الأصلَ من قواعد المذهب وأصوله غيرُ واحد من أئمَّة المذهب، منهم الدَّرْدير، حيث قال: «منْ قواعِدِ مذهبِه مُراعاةُ

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٣٨.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ١/ ٣٥.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٣٢٧.

(٤) ابن رشد الحفيد، الضروري في أصول الفقه ص١٢٨.

(٥) القرافي، الذخيرة ١٠/ ٤٥. ونقل ذلك عنه ابنُ فرحون في «التبصرة» ٢/ ١٥٣.

(٦) المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/ ٢٢٦.

المصالِح العامَّة»[١]. وقال النَّفراوِيُّ في تناوُله لبعض المسائل المبنيَّة على المصلحة: «... فالعَمَلُ بها من المصالِح العامَّة التي بَنَى عليها الإمامُ مَذهبَه»[٢].

وعَزاه للمالكيِّة المقَّرِيُّ في مواضع من قَواعده؛ قال: «الالتفاتُ إلى المصلحة من قبيل المرسَل الذي تُثبتُه المالكيَّةُ، ويُنكرُه الجمهور باللِّسان، وإنْ قلَّ منهم من يَسلَمُ من الوُقوع فيه!»[٣].

وقال في مسألة قال فيها ابنُ الجوينيِّ بالمصلحة المرسَلَة: «وهذا بالمالكيَّة وأهلِ المصالح المرسلة أوْلَى، بل هو وَجْهُ مذهبهم»[٤].

ونَسَبَ هذا الأصلَ لمالك ابنُ عاشور، حيث قال: «وقد اعتبرها مالِكٌ... متى تحقَّقت المصلحة أو قربت»[٥].

ونَسَبَ الآمديُّ للمالكية إنكارَ نسبة أصل المصالح المرسلة لمالِكٍ، قال في «الإحكام»: «وقد اتَّفق الفقهاءُ من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به؛ وهو الحقُّ، إلا ما **نُقِلَ عن مالِكٍ أنه يقول به، مع إنكار أصحابه لذلك عنه**. ولعلَّ النَّقْل إنْ صَحَّ عنه، فالأشبَهُ أنه لم يَقُل بذلك في كلِّ مصلحة، بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعا، لا فيما كان من المصالح غير

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ٤/ ١٧٤، الصاوي، بلغة السالك ٤/ ١٤٧،

(٢) النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ١٨١.

(٣) المقري، القواعد رقم ٤٨٦.

(٤) المقري، القواعد رقم ١١٦٠.

(٥) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ١٦٩.

ضَروري ولا كلي ولا وقوعه قطعي، وذلك كما لو تَتَرَّس الكُفَّار بجماعة من المسلمين»[١]. فبعد أنْ نَقَلَ إنكارَ المالكية لِمَا عُزِيَ لإمامهم، حَمَلَ الآمديُّ ذلك من مالِكٍ على المذهب الذي ارْتَضاه الغزالي، وهو كون المصلحة ضرورية كلية قطعية.

هذا، وقد وَقعتُ على نصٍّ غَريبٍ لابن مَرزوقٍ يُفيدُ أنَّ بعضًا من أئمَّة المذهب أنكروا أنْ يكون الأخذُ بالمصالح المرسلة من مَذْهَب مالِكٍ، قال ابنُ مَرْزوق في جَوابه عن بعض النَّوازل: «. . .وبالجُمْلَة، فهذه المسألةُ من **المصالح المرسَلَة التي نَسَبها أكثرُ العلماء لمالك؛ وأنكَرَ ذلك بعضُ كبار مذهبه (كذا)**. . .»[٢]، أي أنكروا نسبة هذا المذهب إليه.

ولعلَّ ما أنْكَره المالكيةُ -كما في كلام الآمديِّ- وبعضُ المالكية -كما في نصِّ ابن مرزوق-: هو ما عَزاه ابنُ الجوينيِّ ومَنْ تابعه من الشَّافعية لمالِكٍ من الاستِرْسال في الاعتِماد على المصالح المرسلة، من غير أنْ تكون هذه المصالحُ جاريةً على سَنَن المصالح المعتبرة في الشَّرع. وهذا باطلٌ عَزْوُه لمالِكٍ، وقد تبرَّأ من هذه النِّسبة غالبُ المالكيَّة، كالأبياريّ وغيره، كما تقدَّم الإلماع إليه.

وبَنَى البرزلي العقوبةَ بالمال في حقِّ الجناة قطعا لفسادهم وشرهم: على أصل مالك في المصالح المرسلة[٣]. وردَّ الشَّماعُ

(١) الإحكام للآمدي، ٤/ ١٦٧.

(٢) المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/ ٣٥٠.

(٣) الشماع، مطالع التمام ١٤١-١٤٢.

في «مَطالع التمام» عليه، وبيَّن أنَّ القول بالمصالح المرسلة أكثر المالكية على عدم تصحيح نسبته لمالك، قال: «**ونحنُ لاننكر أنَّ مالكًا يقول بهذا الأصل من المصالح المرسلة، ولاندَّعيه له على التحقيق، ولكن أكثر أصحابه على إنكاره، إذْ لايوجد في تآليف المالكية، وإنما تَبِعَ ابنُ العربي فيه ماقاله الإمام في البرهان على صيغة التمريض**. لكن ابن العربي كلامه يَقتَضي تحقيقه لذلك من مذهب مالك»[١].

وجعل الشَّماع عمدة ابنِ العربي فيما عَزاه لمالكٍ كلامَ الجويني، قال: «**والظَّاهِرُ أنَّ ابن العربي إنَّما اعتَمَد في تقويل مالِكٍ بها على ما في البرهان لإمام الحرمين فقط**. فإنه قد ذَكَر في كتاب «**الاستشفاء» الذي له في القياس** أنَّ **أهل المذهب أنكروا ذلك من مالِكٍ، وأنكروا أنْ تَدُلَّ مَسائلُه عليه، حتى أغْرَبَ هو عليهم بما في البرهان**.

وصاحِبُ البرهان لم يقطع به قول مالك، إنما قال: «**نُقِل عن مالك الأخذ بها**»، **وهذا بناءٌ من صيغ التمريض**، والتحرِّي نسبة القول إلى مالك. ولكنَّ ابن العربي ادَّعى أنَّ مالكا يقول بها، **وجلب مَسائلَ كلها أو أكثرها لم يقل فيها مالك برأيه**»[٢].

ويُؤخَذ من كلام ابن الشماع:

أولا: أنَّ أكثر المالكية على خلاف هذا الأصل. وخالف في

---

(١) الشماع، مطالع التمام ١٥٥.

(٢) الشماع، مطالع التمام ١٥٥.

ذلك ابن العربي، فعزاه لمالِكٍ.

ثانيا: أنَّ ابن العربي نَقَلَ إنكار أهل المذهب نسبةَ المصالح المرسلة لمالِكٍ.

ثالثا: أنَّ ابن العربي اعتَمَد في الردِّ على المنكِرين على حِكاية الجوينيِّ. على أنَّ الجويني نَقَلها بصيغة التمريض، كما يقول الشماع.

رابعا: يَظْهَر من ابن العربي أنه يُحقِّق نسبة هذا الأصل لمالِكٍ.

خامِسًا: أنَّ ابن العربي ساق مسائلَ استشهد بها على قول مالِكٍ بالمصالح. وردَّ عليه الشماع، بأنَّ كلَّ تلك المسائل أو أكثرها مما لم يعتمد مالِكٌ فيها على رأيه، فله فيها أدلةٌ غير الرأي.

أمَّا الأوَّل، فلا يُسلَّم به، فأكثرُ المالكية على اعتبار الأصل والتعويل عليه. إلا أنْ يُراد الاسترسال في المصالح مما يخالف النصوص ولا يَجْري على سَنَن المصالح الشرعية. وليس ابنُ العربي الوحيد الذي نسب الأصل لمالك، وقد تقدَّمت الحكاية عن أبي عبيد الجبيري وهو في القَرْن الرابع. والظَّاهِرُ أنَّ الشماع اعتمد على نقل الآمدي فيما نَسَبَه لأصحاب مالك، حيث نقلَ كلامه في كتابه.

أمَّا الثاني، فالظاهر أن ابن العربي نَقَل إنكارَ بعضٍ من المالكيين.

أمَّا الثالث، فابنُ العربي كثيرًا ما يَتعقَّب الجويني فيما يحكيه

عن مالِكٍ وأصحابه، وهو وإنْ نقل عن الجويني، فليس عُمدتَه في نسبة الأصل إليه. ومَنْ نَظَر في كتب ابن العربي استبان له أنه يُخرِّج كثيرا من المسائل الفرعية على أصل المصلحة، وهذا يَدُلُّ على أنَّ نسبة هذا الأصل لمالك كان مُستندًا لاستقراء فُروعه، وانظر «القبس» فهو مَحْشُوٌّ بالمسائل مما تَجْري على هذا الأصل[١]، مما بيَّنه ابن العربي. وقد ذَكَر الشماع أنَّ ابن العربي نقل مسائل شاهدة على ذلك.

أمَّا رابعًا، فنَعَم ابن العربي يُحقِّق النسبة. وليس بالمنفرد بذلك.

أمَّا خامِسًا، في قول الشماع أنَّ المسائل تلك لا تبنى على المصالح، فإنه لم يَأْتِ بها حتى يُنظَر فيها، كما نَظَر هو؛ وليس بين أيدينا كتاب «الاستشفاء» الذي اطَّلَع عليه الشماع.

ونعم، قد عارَض بعضُ المالكيَّة في الاحتجاجِ بالمصالح المرسلة مُطلَقًا، ومنهم مَن تردَّد في قَبوله وردِّه، وتأرجَح بين الأخذ به واطِّراحه.

وممَّن وَقَفْتُ على أنَّهم عارضوا القولَ بالمصالح أو تردَّدُوا في قَبولها، من المذهب المالكي: أبو بكر بن الباقلانيّ، وابنُ رشد الحفيدُ، وابنُ الحاجب، والمقَّريُّ:

أمَّا أبو بكر بن الباقِلانِي، فقد تَقدَّم في ذِكْر المذاهِب ما ارتَضاه من ردِّ الاستدلال المرسل مُطلَقًا. على أنَّ احتجاجه في إبطال هذا

---

(١) انظر مثلا تقريره لأصل المصلحة في القبس: ٢/ ٨٠١-٨٠٢.

النوع من المصالح -كما سيأتي- يَدُلُّ على أنه يَتكلَّم عن المصالح التي لا تَستنِدُ إلَّا إلى النظر العقلي. وفيه ما فيه!

وأمَّا ابنُ رشد الحفيد، فأُنبِّهُ إلى أنه وإنْ كان يُحسَب في عِداد المذهب المالكيّ، بحُكم البيئة التي نَشَأ فيها وهي الأندلس، وبحُكْم المنصب الذي كان يتبوَّؤه وهو القَضاء[1]-: فإنَّ الإمام حُرُّ الرَّأي، ليس تابِعًا فيما يُقرِّره لأيِّ مذهَب؛ وهذا كتابُ «بداية المجتهد» لَهُ: مَنْ نَظَرَ فيه وفي ترجيحاتِه لا يَكاد يَصِلُ إلى أنَّ مؤلِّفه مالكيٌّ يَنتصِرُ لمذهب مالِكٍ أو لغيره، لذلك فإنَّ ما يَذْهَب إليه ابنُ رُشدٍ لا يُعدُّ تخريجا، ولا وَجْهًا في المذهب، وإنَّما هو اختيارٌ منه. وما قيل في ابن رشد يُقال كذلك في حقِّ الباقلانيّ[2].

ومِنْ تتبُّع أقوال ابنِ رشد الحفيد في كتاب «بداية المجتهد» وكتاب «الضَّروري في أصول الفقه»، حَصَل لي أنَّ مذهب ابنِ رشد الحفيد في المصالح المرسلة هو مذهَبُ المتردِّد الذي لا يَجنح إلى أيِّ طَرَفٍ من قَبول أو ردٍّ، فهو من جهةٍ يَجعل القولَ بالمصالح

---

(١) وكانوا في الأندلس لا يُولُّون خطَّة القضاء إلا لمن يَحكم بالمذهب المالكي، بل بقَوْل ابن القاسم خاصَّة.

(٢) يقولون إنَّ من أهم ما تَميَّزت به طريقة المتكلمين في أصول الفقه، هو عَدَمَ التبعية لمذهَبٍ من المذاهب، وإنَّما هو تقريرٌ وانتصارٌ لما يظهر من صواب في المسألة. وهذا يَتفاوَت من مُصنِّف إلى مُصنِّف؛ فبعضُ الأئمَّة ممن تجُعل مُصنَّفاته في طريقة المتكلِّمين، هو أنْزَعُ في أكثر ما يَنتَصِرُ له إلى مَذهب من المذاهب الفقهية المتَّبعة، وبعضُهم لا يَكاد يُوقَف له فيما يُحرِّره من مسائل الأصول على مَيْلٍ إلى مذهب بعَيْنه.

المرسلة استئنافَ شَرْعٍ جديد؛ وهذا ممَّا لا يجوز إجماعا؛ حيث قال في مسألة كان مُدرَكُ مالك فيها المصلحة: «. . .**وهذا هو بأنْ يكون شَرْعًا زائدًا أشبهُ منه بأنْ يكون شَرْعًا مُستنبَطًا من شَرْعٍ ثابتٍ**؛ ومثلُ هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسَل؛ وهو الذي لا يَستنِدُ إلى أصل منصوص عليه في الشرع، إلَّا ما يُعقَلُ من المصلحة الشَّرعية فيه. ومالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَعتبِرُ المصالح وإنْ لم يستند إلى أصول منصوص عليها»[1].

وقال ابن رشد الحفيد في مسألة نكاح المريض: «ورَدُّ جواز النكاح بإدخال وارث قياسٌ مصلحيٌّ لا يجوز عند أكثر الفقهاء، وكونُه يوجب مصالح لم يَعتبِرْها الشرع إلَّا في جنس بَعيدٍ من الجنس الذي يُرامُ فيه إثباتُ الحكم بالمصلحة، **حتى إنَّ قوما رأوا أنَّ القول بهذا القول شَرْعٌ زائدٌ، وإعمالُ هذا القياس يوهِنُ ما في الشَّرْع من التوقيف، وأنه لا تَجوزُ الزِّيادة فيه كما لا يجوز النقصان. . .**»[2]

ثمَّ إنه يُقِرُّ في المقابل بأنَّ التَّوقُّف عن الاعتِماد على المصالح المرسلة، يُفضي إلى الحَيْدَة عن العَدْل في بعض الوقائع، قال ابنُ رشد الحفيد في مسألة نكاح المريض: «. . .حتى إنَّ قومًا رَأوْا أنَّ القول بهذا القول شَرْعٌ زائد، وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ١/ ٣٥.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٨١-٨٢.

النقصان. **والتوقفُ أيضًا عن اعتِبار المصالِحِ تطرُّقٌ للناس أنْ يَتسرَّعوا لعَدَم السَّنَن التي في ذلك الجنس إلى الظُّلم. . .»**[(١)].

كما يُقرِّرُ أنَّ القول بالمصالح المرسلة في بعض الأحيان هو كالضَّروريّ، قال: «. . .وهذا من باب القياس المرسَل، وقد قُلْنا في غير ما مَوْضع إنه ليس يقول به أحَدٌ من فُقَهاء الأمصار إلَّا مالِكٌ؛ **ولكنه كالضَّروريِّ في بعض الأشياء»**[(٢)].

وبعدَ عَرْضه لهذا التَّردّد، يُقرِّرُ أنَّ الأوْلَى فيما كان هذا سبيلُه أنْ يُفوَّض أمرُه **إلى العُلماء بحِكْمة الشَّرائع الفُضلاء، الذين لا يُتَّهمون بالحكم بها**. قال في مسألة نكاح المريض: «. . .**فلنفَوِّضْ أمثالَ هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء، الذين لا يُتَّهمون بالحكم بها. . .»**[(٣)]

على أنَّ ابنَ رُشْدٍ الحفيدَ في كتاب «الضَّروريّ» كان مَيَّالاً أكثرَ إلى ردِّ الاستدلال المرسل منه في كتاب «بداية المجتهد»؛ قال في «الضَّروريّ»: «. .فإنَّ كثيرًا من القائلين بالقياس لا يقول به. . .**وحُقَّ لهذا الصِّنْف أنْ يُرفَض، ولا يُجعَلَ دَليلاً شرعيًا**؛ لأنَّه كثيرًا ما تَتشعَّبُ المصالح وتَختَلف، وذلك بحسب وَقْتٍ وَقْتٍ، وحالَةٍ حالَةٍ. والقائلون بمثل هذا ليس هم في الحقيقة مُستنبِطين عن الشَّرْع، بل هم شارِعون. ومثلُ هذا قولُ بعضهم: «يحدث

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٨١-٨٢.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ٦٠.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٨١-٨٢.

للنَّاس أحكامٌ بقَدْر ما أَحْدَثُوا من الفجور»، أو قول شبيه بهذا. **وقد عُذِلَ مالكٌ رحمه الله على هذا؛ لأنَّه كثيرًا ما يلتفت إلى هذا الجنس»**[١].

إلَّا أنه قال قبل ذلك: «النَّظرُ في المصالح قد نَدَبَ إليها الشَّرع؛ لكن بمقدارٍ مَّا، وبحدٍّ مَّا، وهو ما شهد لنا بكونها أو كون جنسها مصلحة»[٢].

أمَّا ابن الحاجب، فقد رجح في مختصَره الأصلي أنَّ المصالح المرسلةَ ليست من حُجَجَ الشَّرع[٣].

أمَّا المقَّريُّ، فإنِّي لم أتبيَّن له مذهَبًا في المسألة على وَجْه الجَزْم؛ إلَّا أنَّه يُلْحَظُ عليه نوعُ تردُّد في المسألة، فمن كلامه:

قال: «حُكْمُ الشَّيء إنَّما يُعتبَر بأصله، لا بحسب عَوارِضِه، فيُقال: النِّكاحُ مندوبٌ إليه، والطَّلاقُ مباح، ونحو ذلك. ومالَ المتأخِّرون من المالكيَّة والشَّافعيَّة إلى اعتباره بعَوارضه، فقسَّموا النِّكاحَ إلى أربعة أقسام أو خمسة عَدَد الأحكام؛ قال الحفيدُ[٤]: وهذا هو المرسل الذي أكثرُ النَّاس على عدم قبوله. **قلتُ: مع أنَّ مثل ذلك يَجْري في أركان الإسلام وغيرها، ومثلُه هَدْمٌ لمباني الشَّريعة!»**[٥].

---

(١) ابن رشد الحفيد، الضروري في أصول الفقه ص١٢٨.

(٢) ابن رشد الحفيد، الضروري في أصول الفقه ص٩٨.

(٣) الرهوني، تحفة المسؤول شرح مختصر منتهى السول ٤/٢٤١-٢٤٢، ١٠٩.

(٤) أي ابن رشد. وكلامه موجود في «بداية المجتهد».

(٥) المقري، القواعد رقم ٥٦٩.

وتعليقُه على ذلك بأنَّ صنيع الفقهاء هو هدمٌ للشَّريعة ممَّا يُوحي بأنَّه منكر لمسلك الاستصلاح، حائدٌ عنه، وغيرُ ناصِرٍ له، ولا راضٍ به؛ ولكن يحتمل أنَّ إنكاره إنَّما هو فيما سَلَكَه بعضُ الفقهاء من لَحْظ العوارض في تقرير الأحكام، والأصلُ أنْ يُحرَّر الحكمُ ويُقرَّر حُكْما تجريديًّا دون لَحْظ العَوارض؛ وإنَّما تُلاحَظ هذه العوارِضُ حالَ التَّطبيق والتَّنزيل؛ وعليه فقد يكون الإنكارُ على غير أصل الاستصلاح؛ قال المقَّرِيُّ: «الغزاليُّ واللَّخميُّ وغيرُهما ربما قسموا أحكامَ الشَّيء على حسَب بعضِ العوارض. والوَجْهُ ألَّا يُفعَل ذلك، وأنْ يوقَفَ بالأمر عند حكمه الذي هو له من حيث هو؛ لأنَّ الالتِفات إلى المصلحة من قَبيل المرسَل الذي تُثبته المالكيَّة ويُنكره الجمهور باللِّسان، وإنْ قلَّ منهم من يسلم من الوقوع فيه»[١].

على أنَّ المقريَّ ممَّن يَنتقِد أصلَ الاستحسان، كما سيأتي في موضعه؛ والاستحسانُ في كثير من معانيه أخذٌ بالمصالح المرسلة واستِمْساكٌ بها؛ وهذا ممَّا يُقوِّي جانبَ نسبة إنكارِه لأصل الاستدلال المرسَل. ولكنْ يَزيدُ الاستحسانُ على المصالح المرسَلة أنه في مُقابل قِياسٍ في الشَّرع، وكان إنكارُ المقري للاستحسان لِمَا فيه من تركٍ لطَرْد أقيسة الشَّرْع؛ وهذا لا يَحْسُن عند المقري رحمه الله.

---

(١) المقري، القواعد رقم ٤٨٦.

المطلب الثَّاني

التَّحقيق فيما عزاه ابن الجوينيّ للإمام مالك[١]

مِنْ تتبُّع نُصوص إمام الحرمين في «البرهان» وفي كتاب «الغياثيّ»، رأيتُ الجوينيَّ عَزَا لمالك أُمورًا يَلزم التَّحقيقُ فيها، والتثبتُ منها، وطلب الوثيقة لها؛ فكثيرٌ ممَّن جاء بعده رَحِمَهُ اللَّهُ اتَّخذ من كلامه قُدوةً في نسبة مذاهب لمالك لا يقول بها على الصّورة التي تمَّ فيها العَزْوُ، والهيئة التي كانت بها الإضافة. فهناك أمورٌ نسبها إلى مالك أُورِدُها وأَعرِضُها من كلامه، ثم أُقفِّيها بالمناقشة:

الأمر الأوَّل: الاسترسالُ في الأخذ بالمصالح المرسلة البعيدة عن المصالح المألوفة للشَّارع في تصرُّفاته:

نَسبَ الجوينيُّ لمالك استِرسالَه في الأخذ بالمصلحة من غير أنْ تكون من جنس المصالح التي قامَتْ الشَّريعةُ بالشَّهادة لها؛ قال الجوينيُّ: «وقد اشتَهَر مذهبُه في استِصلاحات مُرسَلَةٍ يَراها، **انسلَّت تلك القواعد عن ضبط الشَّريعة**»[٢].

ثمَّ قال مُبيِّنا معنى التَّقريب وانتِقاده لمالِكٍ استرساله في الأخذ بالاستدلال المرسَل-: «والذي نُنْكِرُه من مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تركَه رعايةَ ذلك، وجَريانَه على الاستدلال في الاستصواب من غير

---

(١) المقري، القواعد رقم ٤٨٦.

(٢) الجويني، البرهان، فقرة ١٤٩٩.

اقتصاد»[١].

الأمر الثَّاني: الدَّليلُ الذي اجْتَلَبه الجوينيّ فيما أضافه للإمام مالك، أنَّ إمام دار الهجرة قد أفْرَط في بعض السِّياسات التي لا تَقتَضيها أصولُ الشَّرع، كالقتل استِصْلاحًا، وأخْذِ المال عُقوبَةً؛ فهذا من صنيع مالِكٍ دلَّ الجوينيَّ على المذهب الذي نَسَبه إليه.

قال إمامُ الحرمين: «وأفرَط الإمامُ إمامُ دار الهجرة مالكُ بن أنس في القول بالاستدلال، فرُئي يُثبِتُ مصالِحَ **بعيدةً عن المصالح المألوفة، والمعاني المعروفة في الشَّريعة**، وجرَّه ذلك إلى **استحداث القتل وأخْذ المال** بمصالح تَقتضيها في غالب الظَّنِّ، وإنْ لم يجد لتلك المصالح مُستنِدًا إلى أصول...»[٢].

فغالبُ إنكار الجوينيِّ على مالِكٍ في المصالح المرسلة كان مُتَّجهًا إلى مسائلَ تَتعلَّقُ بالسِّياسة في التَّعزير، كما قدَّمتُه. وأسندَ الجوينيُّ مُدْرَكَ مالِكٍ في هذه المسائل إلى بعض الآثار المرويَّة عن بعض الصَّحابة، جَعَلَها مالكٌ أصولاً، وبَنَى عليها، ثُمَّ قرَّر الجُوينيُّ أنَّ تلك الأصولَ مُحتملة، ولا تُفيد ما نَحَا إليه مالِكٌ، بل يَصِحُّ تأويلُها بما يَرجع إلى أصول الشَّرْع مُوافقةً.

قال الجوينيُّ عن الإمام مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولكنَّه ينحلُّ بعضَ الانحلال في الأمور الكُليَّة، حتَّى يَكاد أن يُثبت في الإيالات والسِّياسات أُمورًا لا تُناظِرُ قواعِدَ الشريعة، وكان يأخُذها من وَقائع

(١) الجويني، البرهان، فقرة ١١٥٣.

(٢) الجويني، البرهان، فقرة ١١٢٩.

وأقضيةٍ لها مَحاملُ على مُوافقة الأصول بضَرْبٍ من التَّأويل؛ فكان يَتمسَّك بها ويتَّخذُها أصولاً، ويَبْني عليها أمورًا عظيمةً»(١).

ثُمَّ ضَرَبَ لذلك أمثلة، فقال: «كما رُوِيَ أنَّ عُمَرَ رضي الله عنه قال للمغيرة، وكان قد أخَذَ قَذاةً من لِحْيته، فظَنَّ عُمَرُ به استهانةً، فقال: «أبِنْ ما أَبَنْتَ، وإلَّا أبنتُ يدَك»، ونقل عنه مُشاطرة خالدٍ وعَمْرِو بنِ العاص على أموالهما؛ فاتَّخذ ذلك أصلاً، **فرأى إراقةَ الدَّم، وأخْذَ أموالٍ بتُهَم** من غير استِحْقاقٍ، لمصالح إياليَّةٍ، حتَّى انتهى إلى أنْ قال: **أقتُل ثُلُثَ الخَلْق، في استِبْقاء ثُلُثَيْهم**»(٢).

ثم وَجَّه الجويني ما حَكَاه عن بعض الصَّحابة، بما ليس خارِجًا عن الأُصول، وغيرَ داخِلٍ في اعتبار المصالح التي استَرْسل فيها مالِكٌ -على زَعْم الجوينيِّ-: و«كان من المُمْكِن أنْ يُحْمَلَ قولُ عُمَرَ رضي الله عنه على التَّغليظ بالقول. وكانوا يَعتادون ذلك، وكذلك من بعدهم. وأخذُه الأموال محمولٌ على عِلْمه بانبِساط خالدٍ وعَمْرٍو فيما لا يَستحِقَّان من مال الخُمس وأموالِ المسلمين، ولا يَبلُغ مِنْ حَزْم عُمرَ درك مبلغ ذلك. فإذا أمْكَنَ هذا، فلا وَجْهَ لإطلاق أيدي الوُلاة في الدِّماء والأموال»(٣).

الأمر الثَّالث: من الغريب أنَّ الجوينيّ بعد نسبته لمالك ما تقدَّم دون أيّ تردُّد في ذلك، عادَ وأثار تَشكُّكًا، فعلَّق صِحَّةَ ثُبوت ما

---

(١) الجويني، البرهان، فقرة ١١٨١.

(٢) الجويني، البرهان، فقرة ١١٨١.

(٣) الجويني، البرهان، فقرة ١١٨١.

يُرْوى عن مالِكٍ من الاسترسال المَعيب في الاستصلاح:

قال الجوينيُّ مُتشكِّكًا في نسبة القول بالاستدلال المرسل، على وَفق ما عزاه له-: «وأمّا ما ذَكَره -أي الباقِلاني- من خُروج الأمْرِ عن الضَّبط، والمصير إلى انحلال، وردّ الأمر إلى آراء ذَوي الأحْلام-: فهذا إنَّما يَلزَمُ مالكًا رضي الله عنه ورَهْطَه؛ **إنْ صحَّ ما رُوِيَ عنه**»(١).

ثمَّ بعد ذلك خطَّأ مَنْ ظَنَّ بمالِكٍ الاستِرسالَ في الاستِصلاح مُطلَقا؛ وإنَّما وجهة مالِكٍ فيما عِيب عليه وعُذِل فيه، كان اعتمادًا منه على قضايا مَرويَّةٍ عن الصَّحابة جَعَلها أُصولاً وبَنَى عليها، لا على أنَّ من مذهبه الاسترسالَ مع الاستدلال المرسل في أبواب الفقه كلِّها.

قال إمامُ الحرمين رحمه الله: «ومَن ظنَّ ذلك بمالك رضي الله عنه فقد أخطأ؛ فإنَّه قد اتَّخذ من أقضية الصَّحابة رضي الله عنهم أُصولا، وشبَّه بها مأخذَ الوقائع، فمالَ فيما قال إلى فَتاويهم وأقضيتهم؛ فإذًا لم يَرَ الاسترسالَ في المصالح، ولكنَّه لم يُحِطْ بتلك الوقائع على حَقائقها»(٢).

هذا مُجمَلُ ما وَقَع للجوينيِّ فيما عَزَاه للإمام مالِكٍ، ويَلُوح منه

---

(١) الجويني، البرهان، فقرة ١١٣٨.

(٢) الجويني، البرهان في أصول الفقه فقرة ١٢٥٥. على أنَّ الجُوينيَّ يَنسب لمالك تَمسُّكَه بمُطلَق المصلحة حتى لو لم يثبت أنَّ الشارع اعتَبر جنسَها. وهذا ما لم يَقُل به مالك ولا سَلَك سبيلَه، وسيأتي تَجلِيةُ ذلك في قابل المباحث.

غايةُ الاضْطِراب والتَّردُّد[1]؛ وسأتناول مُناقشةَ ما وَرَد في كَلامه فيما يلي:

مُناقشة الجوينيّ فيما نسبه لمالك:

وبعد هذا العرض لكلام الجوينيِّ، أنتهي إلى النَّظر فيما جاء فيه، والكشف عَمَّا قرَّره. وسأطرق ذلك في أمور:

الأوَّل: استِرْسالُ مالِكٍ في الاستصلاح من غير ضابِطٍ يَرجِعُ إليه.

الثَّاني: التَّحقيقُ فيما نُسِبَ لمالك من القتل استِصْلاحًا.

ثالثا: القتل تعزيرًا.

الأمرُ الأوَّل: استِرْسالُ مالِكٍ في الاستصلاح من غير ضابِطٍ يَرجع إليه:

هذا النَّقلُ من الجُوينيِّ لاقَى من أئمَّة المالكيَّة الرَّدَّ والإنكار، فمالكٌ لا يَتعلَّق بمُطلَق المصلحة، ولا يَجْري وراء المصالح التي يُثبتها العقلُ المحض؛ فمَذهَبُه الذي هو مَعلومٌ عند أصحابه: أنَّ المصالح المعتبَرةَ عنده هي ما كانت على نَسَقَ المصالح التي اعتَبَرها الشَّرعُ في أحكامه وتصرُّفاته. وعلى هذا، فليس بين مذهب مالك ومذهبِ الشَّافعيِّ الذي عَزاه الجوينيُّ له مِنْ فَرْقٍ، بل هما عينُ المذهب وذاتُه.

قال الأبياريُّ: «إنَّا قُلنا: لسنا نُريد بالمصلحة في هذا المكان مجرَّدَ جَلْبِ المنفعة ودَفْع المضرَّة؛ وإنَّما نُريد بها المحافظةَ على

(١) وأشار إلى هذا الاضطراب الشماع في مطالع التمام ١١٥-١١٦.

رِعاية مَقصود الشَّرع . . . وعلى الجملة، **فليس بين مذهب مالكٍ والشافعيِّ فَرْقٌ بوَجْهٍ**. وأمَّا الإمامُ[(١)] فإنَّه يقصد أنْ يُفرِّق بين المذهبين؛ وهو لا يَجِدُ إلى ذلك سَبيلا أبدًا»[(٢)].

وقال الشَّاطبي: «**الاستدلالُ المرسَلُ** الذي اعتمَدَه مالِكٌ والشَّافعيُّ؛ فإنه **وإنْ لم يَشهَد للفَرع أصلٌ مُعيَّنٌ، فقد شَهِد له أصلٌ كليٌّ**»[(٣)].

وكذلك استنكره أبو العباس القُرطبيُّ، فقال: «ذَهَب الشَّافعيُّ ومُعظَمُ أصحاب أبي حنيفة إلى الاعتِماد عليه، وهو مذهَبُ مالِكٍ»؛ قال: «وقد اجتَرَأ إمامُ الحرمين وجازَف فيما نَسَبَه إلى مالك من الإفراط في هذا الأصل. وهذا لا يُوجَدُ في كتابِ مالك، ولا في شيءٍ من كتب أصحابه»[(٤)].

الأمر الثَّاني: التحقيقُ فيما نُسِبَ لمالِكٍ من القتل استِصْلاحًا:

ممَّا نَقَله أبو المعالي عن مالِكٍ: إجازتُه قتلَ ثُلث الأمَّة لاستِصْلاح ثلثيها، وجَعل يُشنِّع على مالِكٍ في ذلك، وأنَّ الذي أسْلَمه إلى هذا القِيلِ هو استِرْساله في الاستصلاح دون ضابِطٍ:

قال الجوينيُّ: «. . .ومالكٌ ﷺ التَزَم مثلَ هذا في تَجْويزه

---

(١) الجويني.

(٢) مقدمة تحقيق كتاب التعيين شرح الأربعين للطوفي ١٧-١٨، نقلا عن شرح البرهان للأبياري ٢/ ١١٨-١٢٧، مخطوط مكتبة برنستون، ونقل هذا النص كذلك عن الأبياري أبو حفص الفاسي في شرح الزقاقية: الملزمة ٣٥، ص٧.

(٣) الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٩-٤٠.

(٤) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤.

لأهل الإيالات القَتْلَ في التُّهَم العَظيمة؛ حتَّى **نَقَلَ عنه الثقاتُ أنه قال: أنا أقتل ثُلُثَ الأمَّة، لاستِبْقاء ثُلُثَيْها»**[١].

وقال الجُوَينيُّ: «وبيانُ ذلك بالمثال: أنَّ مالكا لمَّا زَلَّ نَظَرُه كان أثر ذلك **تَجْويزُ قتل ثُلِث الأُمَّة**، مع القطع بتحرُّز الأوَّلين عن إراقة مِحْجَمة دمٍ من غير سبب مُتأصِّلٍ في الشَّريعة. ومنه تَجويزُه التأديبَ بالقَتْل في ضَبْط الدَّولة وإقامة السِّياسة. وهذا إنْ عُهِدَ، فهو من عادة الجبابرة؛ وإنَّما حَدَثت هذه الأمورُ بعد انقِراض عَصْر الصَّحابة»[٢].

وقال الجُوَينيُّ في «الغِياثي»: «...ثُمَّ التَّعزيرات لا تَبلُغ الحدودَ على ما فصَّله الفُقَهاء. وما يَتعيَّن الاعتِناءُ به الآن... أنَّ أبناء الزَّمان ذَهَبوا إلى أنَّ مَناصِب السَّلطنة والولاية لا يَستَدُّ إلَّا على رأي مالِكٍ رضي الله عنه؛ وكان يَرَى الازديادَ على مَبالغ الحدود في التَّعزيرات، ويُسوِّغ للوالي أنْ يَقتُل في التَّعزير، **ونَقَلَ النَّقلَةُ عنه أنَّه قال: للإمام أنْ يَقتُل ثُلثَ الأُمَّة في استِصْلاح ثلثيها»**[٣].

والسَّوادُ الأعظمُ من المالكيَّة يَتفصَّوْن من نسبة هذا القول لمالك، ويَنفون أنْ يكون منقولاً عنه، بله أنْ يكون ثابتًا. وفي المقابل نَجِد بعضَ المالكيَّة يَستَرْوِحون لنقل الجوينيِّ، ويُتابعونه فيه، ويُجارُونه عليه. وفي هذا المقام سَأعرِض لمن أيَّدَ هذا النَّقل

---

(١) الجويني، البرهان فقرة ١٢٥٧.

(٢) الجويني، البرهان، فقرة ١٢٥٥.

(٣) الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم ١/ ١٦٣.

من المالكيّين أو تأوَّله، وإلى مَنْ ردَّه وأنكَره:

المؤيِّدون لِمَا عُزي لمالك:

قال الزُّرقانيُّ في شَرحه على المختصر: «قال صاحبُ التَّوضيح[١] ما معناه: يَجوز قتلُ ثُلثِ مسلمين مفسدين، لإصلاح الثّلثين، حيث تَعيَّن القتلُ طريقًا لإصْلاح الثُّلثين دون الحبس أو الضَّرب؛ وإلَّا مُنِعَ صَوْنًا للدِّماء...»[٢]، وتبعَ النَّفراويُّ الشَّيخَ الزُّرقانيَّ في عَزْوه هذا، ونَقَله دون أن يَعترِضَ أو يُنكر؛ قال النَّفراويّ: «...فالعَمَلُ بها من المصالح العامَّة التي بَنَى عليها الإمامُ مذهبَه، حتى ترتَّب عنه العلامَّةُ خَليلٌ في «التوضيح» أنه قال: يَجوزُ قتل ثلث المفسدين من المسلمين لإصلاح الثلثين، حيثُ تعيَّن القتلُ طريقًا للإصلاح، لا إنْ كان يَحْصُل بنَحْو الحبس أو الضَّرْب، ويعلم ذلك بقَرائن الأحوال»[٣].

هكذا قالا ونَقَلا وأقرَّا، وخليلٌ في «التَّوضيح» إنَّما نَقَلَ هذه المقالَةَ عن أبي المعالي الجوينيّ، وليستْ من كلامه هو، كما يُوهِمُه نصُّ الزُّرقانيّ والنَّفراويّ رحمهما الله. وظاهِرٌ أنَّ مُتمسَّك مَنْ نَقَلَ ذلك عن مالِكٍ هو ما أوْرَده خليلُ بنُ إسحاقَ في «التَّوضيح»، فلننْقُلْ إذًا ما ذَكَره فيه:

---

(١) هو خليل بن إسحاق صاحب المختصر الفقهي، وكتاب التوضيح هو شرحٌ لمختصر ابن الحاجب الفرعي.

(٢) الزرقاني، شرح مختصر خليل ٧/ ٥٥، الوزاني، المعيار الجديد ١١/ ٩٣. الطبعة الحجرية.

(٣) النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ١٨١، ٢/ ١١٨.

قال سيدي خَليلٌ في «التَّوضيح»: «وذَكَر أبو المعالي أنَّ مالكًا كثيرًا ما يَبني مذهبَه على المصالح، وقد قال: إنه يقتل ثلث العامَّة لمصلحة الثلثين. المازَريُّ: «وهذا الذي حَكاه أبو المعالي [عن مالِكٍ] صَحيحٌ»»[(١)].

فالزُّرقانيُّ ومَنْ تَبِعَه فَهِمَوا مِنْ كلام خَليلٍ أنَّ المازريَّ أقرَّ أبا المعالي في عَزْوه قتلَ ثُلُث الأُمَّة لاستِصْلاح ثُلُثَيها لمالِكٍ، فقلَّدوا -فيما ظَهَر لهم- المازَريَّ في ذلك، وهو الإمامُ في المذهب، ونَقلُه النَّقْلُ المعتَمَدُ.

ويُعتَرَض على الزُّرقانيّ ومَن تَبِعَه باعتراضين:

الأوَّل: أنَّ قول المازَرِيِّ: «ما حَكاه أبو المعالي صحيحٌ» راجِعٌ لأوَّل الكلام؛ وهو أنَّه كثيرًا ما يَبْني مذهبَه على المصالح، لا إلى قوله: «نقل عنه قتل الثلث. . .»[(٢)].

الثاني: يَحتمل أنَّ المازَريَّ حَمَل ما نَقَلَه أبو المعالي على مَسألة تترُّسِ الكُفَّار ببعض المسلمين[(٣)].

ومنه لا يَستقيم أنْ يُعتمَد على ما قاله المازَرِيُّ لِمَا عُلِمَ من

(١) خليل بن إسحاق، التوضيح ٧/ ٢١٨. ونقل ذلك عن خليل: الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٤٣٠، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣، وما بين المعكوفين زيادة من «المواهب» و«المنح». وكلامُ المازَري، يَظهَر أنه من «شرح التلقين»، ولم أقِفْ على النَّصِّ في المطبوع منه. فليُتحقَّق مِنْ سَلامة النصِّ المنقول عنه، وسياقِه الذي أورده فيه. ويَبْدُو أنه ذَكَر ذلك في مسألة تضمين الصناع.

(٢) بناني، الفتح الرباني ٧/ ٥٦، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣-٥١٤.

(٣) بناني، الفتح الرباني ٧/ ٥٦، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣-٥١٤.

احتمال كلامِه، لا سيَّما مع اعتِراض غالِب المالكيَّة على هذا النَّقل، وانتفائِهم منه.

ويَظهر من كلام الزرقاني السابق، زيادته في المسألة المنسوبة لمالك شَرْطًا، فقد حمل ذلك على تعيُّن القتل طريقا لإصْلاح الثلثين الباقيين؛ قال: «. . .حيث تَعيَّن القتلُ طريقًا لإصْلاح الثُّلثين، دون الحبس أو الضَّرب؛ وإلَّا مُنِعَ صَوْنًا للدِّماء». قال الشيخ عليش في «المنح»: «وأمَّا تأويل الزُّرقاني بأنَّ المراد قتل ثلث المفسدين إذا تعين طريقًا لإصلاح بقيتهم، فغيرُ صحيحٍ، ولا يَحلُّ القولُ به، فإنَّ الشارع إنما وَضَع لإصلاح المفسِدين الحدودَ عند ثُبوت مُوجِباتها، ومَنْ لم تُصلحه السنةُ فلا أصلحه الله تعالى. ومثلُ هذا التأويل الفاسِد هو الذي يُوقِعُ كثيرًا من الظَّلَمة المفسِدين في سَفْك دِماء المسلمين. نعوذُ بالله من شُرور الفساد»[1].

والبرزليُّ صحَّح نسبة ما حكاه الجويني، وجَعَلَه منصوصا لمالك! قال: «وقد نصَّ عليه الإمام مالكٌ!»[2]. وقد ردَّ عليه الشماع وأطال.

واستصوب الطوفي الحنبلي ما نُقِلَ عن مالك إنْ دعت إليه ضرورة، بعد نقله عدم معرفة أهل المذهب له، قال: «مع أنه إذا دَعَت إليه ضَرورةٌ مُتَّجهٌ جِدًّا»[3].

---

(١) عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٤.

(٢) الشماع، مطالع التمام ٢٤١.

(٣) شرح مختصر الروضة ٣/ ٢١١.

المُنكرون لما عُزِيَ لمالك:

لقدْ تتابَع المالكيَّةُ على التَّبرِّي من هذا النَّقل والانتفاء منه؛ ومن نُصوص المالكيَّة في ذلك:

قال ابنُ العربيّ: «**نَسَبَ الخُراسانيُّون الحنفيّون والشّافعيّون إلى مالك أنَّ هَلاكَ بعضِ الأُمَّة في الاستِصْلاح واجِبٌ**. وهو بَريءٌ من ذلك»[١].

وأنكره ابنُ شاسٍ أيضا في «التحرير» على الإمام؛ وقال: «أقوالُه تُؤخَذُ من كُتبه وكتب أصحابه، لا مِنْ نَقْل الناقلين»[٢].

وقال أبو العِزّ المقترحُ من الشَّافعيَّة في حَواشيه على «البُرهان»: «إنَّ هذا القولَ لم يَصِحَّ نقلُه عن مالكٍ؛ هكذا قاله أصحابُه»[٣].

وقال القَرافيُّ في «نفائس الأصول»: «وأمَّا ما نَقَلَه -أي الرَّازِيّ- من إباحة الدِّماء والأموال بما قاله، فالمالكيَّةُ لا يُساعدونه على صِحَّة هذا النَّقل عن مالِكٍ. وكذلك ما نَقَلَه الإمام في «البرهان» من أنَّ مالكًا يُجيز قتلَ ثُلُثِ الأُمَّة لصَلاح الثلثين؛ المالكيَّةُ يُنكرون ذلك إنكارًا شديدًا، ولم يوجد ذلك في كُتبهم، إنَّما هو في كُتُب المخالف لهم، وهم لم يجدوه أصْلا»[٤].

---

(١) ابن العربيّ، القبس ٣/ ٤٦٠.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤.

(٣) الجويني، البرهان، ٨/ ٨٤.

(٤) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٦، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٤٣٠، بناني، الفتح الرباني ٧/ ٥٥، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣، الوزاني، المعيار الجديد ٣/ ١٧.

وقال الطُّوفي الحنبلي في «شرح مختصر الروضة»: «قلت: لم أجِدْ هذا منقولا فيما وَقفتُ عليه من كتب المالكيَّة، وسألتُ عنه جماعةً من فُضلائهم، فقالوا: لا نَعرِفُه»[١].

وقال الشَّمَّاعُ: «هذا الذي زَعَمه الإمامُ لَمْ يَنقله أحدٌ من أصحاب مالك عنه»[٢].

وقال محمد بن عبد القادر الفاسي: «هذا الكلامُ لا يجوز أن يُسطَرَ في الكتب لئلَّا يَغترَّ به بعضُ ضَعَفة الطّلباء، وهذا لا يُوافق شيئا من القواعد الشَّرعية»[٣].

وقال الحجْوي: «وأمَّا ما نَقَله إمامُ الحرَمين عن مالك من أنه يُجيز قتل الثلث من الأمة لاستصلاح الثلثين، فقد أنكر نسبته إلى الإمام»[٤].

وقال الشَّيخُ محمد الخضر حسين: «وقد ادَّعى بعضُ أهل العلم من غير المالكية أنَّ الإمام مالكا أفتى بانِيًا على قاعدة المصالح المرسلة بجواز قتل ثلث العامَّة لمصلحة الثلثين. والمالكيةُ يُنكرون نسبة هذه الفتوى إلى الإمام مالك أشدَّ الإنكار، ويقولون: إنَّها لم تُنقَلْ في كتبهم البتَّةَ، وإنَّما تَكلَّموا كما تكلَّم غيرهم في مسألة العَدوِّ يَضَع أمامه الأسرى المسلمين يَتترَّس بهم في الحرب، فأفتوا

(١) شرح مختصر الروضة ٣/ ٢١١.

(٢) الشماع، مطالع التمام ص/ ١١٥. وعنه: بناني، الفتح الرباني ٧/ ٥٦، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣.

(٣) بناني، الفتح الرباني ٧/ ٥٦، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣.

(٤) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٥٦.

بأنه يجوز دِفاعُ العدوِّ بنحو الرَّمْي، متى خِيفَ استئصالُ الأُمَّة، ولو أدَّى الدِّفاعُ إلى قتل أولئك الأسْرى من المسلمين»[١].

وقال محمد الأمين الشنقيطي: «أمَّا دَعْواهم على مالِكٍ أنه **يُجيز قتل ثلث الأمة لإصلاح الثلثين وأنه يُجيز قَطْعَ الأعضاء في التَّعْزيرات**-: فهي دَعْوى باطلةٌ، لم يَقُلها مالِكٌ ولم يَرْوها عنه أحدٌ من أصحابه، ولا توجَد في شيءٍ من كتب مَذهبه، كما حقَّقه القرافي، ومحمَّد بن الحسن البناني وغيرهما. **وقد دَرَسنا مذهَبَ مالِكٍ زمنًا طويلاً، وعَرَفنا أنَّ تلك الدَّعْوى باطِلةٌ**»[٢].

وتلخَّص لي من اعتراضات المالكيَّة على هذا النَّقل وُجوهٌ:

الأوَّل: هذا النَّقل ممَّا تتوفَّر الدَّواعي على نَقْله، فلا يُقبَلُ فيه الواحِدُ، ولو كان ممَّن أَخَذَ عن مالك؛ فكيف وبينه وبينه أعصار؟![٣].

الثاني: مذاهبُ الأئمَّة لا يُعوَّل على ما وُجِدَ منها في كتب المخالِفين لهم[٤]، والعُمدةُ في ذلك ما نَقلَه أهلُ مذهبِه، أمَّا النُّقول التي يَنقلُها غيرُهم فلا يُقبَل منها إلَّا ما وافَقَ عليها أهلُ المذهب، أو كانت مَرْويَّةً بأسانيدَ تصحُّ إلى مَن نُسبت إليه.

(١) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٦٧.

(٢) الشنقيطي، المصالح المرسلة.

(٣) الشماع، مطالع التمام ص/ ١١٥. وعنه: الوزاني، المعيار الجديد ١١/ ٩٥. (الطبعة الحجرية).

(٤) الشماع، مطالع التمام ص/ ١١٥. وعنه: الوزاني، المعيار الجديد ١١/ ٩٥ (الطبعة الحجرية).

لذلك قال ابنُ شاس مُنكِرًا على الجوينيِّ: «أقوالُه تُؤخذ من كتبه وكتب أصحابِه، لا من نقل النَّاقلين!»[١].

وقال القَرافي في «نفائس الأصول»: «ولم يوجد ذلك في كتبهم، إنَّما هو في كتب المخالف لهم، وهم لم يجدوه أصلا»[٢].

الثَّالث: أنَّ مالكا سُئل عن حَصْر العدوِّ وفيه مسلمٌ أو مَركَبٌ للعدوِّ وفيها مُسلمٌ: هل يجوز أنْ يحرق أو يغرق؟ قال: لا[٣].

فأوْلى أنْ لا يجيزَ قتلَ ثُلث الأمَّة لاستِصْلاح ثلثيها.

الرَّابع: اعتَرضَ بعضُ المالكية على ما نقله الجويني، بأنَّ هذا الذي نَسَبَه لم يأخذه نَقْلاً عن مالِكٍ وإنَّما ألزمه إيَّاه بعضُ المخالفين، قال الشَّمّاعُ: «ما نقله إمامُ الحرمين لَمْ يَنقُلْه أحدٌ من علماء المذهب، ولم يُخبر أنَّه رواه نقلته، **إنَّما ألزمه ذلك**»[٤].

قد يقال: إنَّ قولَ أبي المعالي فيما تقدَّم: «**نَقَل عنه الثقات**» وغير ذلك من عبارات الجويني المفيدة للنقل، مما يُعكِّرُ على ما قاله الشَّماع.

وقولُ الجويني: «نقله الثقات» يَحتمل أنْ يكون مُراده أنَّ ذلك

---

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤.

(٢) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٦، الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٤٣٠، البناني، الفتح الرباني ٧/ ٥٥، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣.

(٣) الشماع، مطالع التمام ص/ ١٢٣، الوزاني، المعيار الجديد ١١/ ٩٥. (الطبعة الحجرية). انظر: المدوَّنة ١/ ٥١٢-٥١٣.

(٤) البناني، الفتح الرباني ٧/ ٥٦، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣. وانظر: مطالع التمام ص/ ١١٥.

مرويٌّ بالإسناد إلى مالك، ويَحتمِلُ أنْ يكون عَزاه بعضُ الثقات إلى مالِكٍ دون سند؛ لأنَّ ذلك مما يشمله معنى النقل. والاحتمالُ الثَّاني هو الرَّاجح؛ لأنَّ هذا النَّقل لَوْ كان مَرْويًّا عن مالِكٍ بإسنادٍ لبَان مَخْرجُه، ولكان مَحطَّ اهتِمام المالكيَّة؛ ولَمَّا لم يكُن شيءٌ من ذلك، دلَّ على أنَّ مُرادَ الجوينيّ من «نقل الثقاتِ» حكايةُ بعضِهم ممَّن عاصَرَه أو من غيرهم عن مالِكٍ ذلك القول. وحينها يَرجع السؤال عن مَأخذه في ذلك، ويَستقيمُ على هذا تطريقُ الاحتمال في أنَّه مِنْ قَبيل الإلزام، لا أنَّ مالِكًا قاله. كذلك فإنَّ كلام ابنِ العربيّ المتقدِّم يُشيرُ إلى هذا الذي ذَكَرَه الشَّمّاع.

السَّببُ في عزو هذا العزو لمالك:

لمَّا عَلِمَ بعضُ المخالفين أنَّ مالِكًا يقول بالاستصلاح، خرَّجوا على هذا الأصل هذه المسألةَ، وألزموا مالِكًا بها؛ وتُدُووِل هذا الفرعُ بين المتفقِّهين مِنْ خارج المذهب، حتى أُلصِقَ بمالِكٍ ولِيطَ به؛ وهو بَريٌّ منه.

ومن أجود ما وَقفتُ عليه في تاريخ نِسبة هذا القول وسَببه، ما قاله قَيِّمُ المذهَب القاضي ابنُ العربيّ في كتاب «القَبَس»، قال رَحِمَهُ اللَّهُ: «وانتَهَى النظَرُ إلى نازلة عظيمة، وهي: إذا عَلِمَ الأحرارُ من أهل السفينة أنَّ بَقاء جَميعهم مُهْلِكٌ، وأنَّ خُلوص بعضهم مُتيقَّن، **فنَسَب الخراسانيون الحنفيون والشَّافعيون إلى مالِكٍ أنَّ هَلاك بعض الأمَّة في الاستِصْلاح واجِبٌ**؛ وهو بَريءٌ من ذلك.

وإنَّما سَمِعوا من قوله اعتبار المصلحة، فاعتَبَروها بزَعْمِهم حتَّى

بَلَغوا بها هذا الحَدَّ، وكان مِنْ حقِّهم -لجلالة أقدارهم في العلم مِنْ سَعَة حِفْظِهم ودِقَّة فهمهم- أنْ يَتفطَّنوا لمقصده بالمصلحة، وأنْ يُجروها مُجْراها، **ويَقِفوا بها حيثُ انتهت**. وليس بين الأمَّة في هذه المسألة أنهم يَصْبرون لقضاء الله، حتى ينفذ حُكمُه فيهم»[١].

ثالثا: التَّعْزير قَتْلاً:

وأمَّا ما عُزِيَ لمالك من أنه يَرَى القتلَ تَعْزيرًا؛ فالمشهورُ في مَذْهَب مالِكٍ أنَّ التَّعْزير لا يَكونُ بالقَتْل:

قال ابنُ شاس عن التعزير: «وأمَّا قَدْرُه، فلا يَتقدَّر أقلُّه ولا أكثره، بل هو مَوْكولٌ إلى اجتهاد الإمام بحَسَب ما يَراه في جِنايةٍ جنايةٍ، ولا يلزمه الاقتصار على ما دون الحدود، **ولا له الانتهاء به**

---

(١) ابن العربيّ، القبس ٣/ ٤٦٠. ولابن العربي كلامٌ شَبيهٌ بهذا في كتاب «الاستشفاء»، نَقَلَه عنه الشماعُ في «مطالع التمام» ص/ ١٤٧: «قال القاضي أبو بكر بن العربي في مسألة السفينة: «هذا ما قاله مالِكٌ قطُّ، ولا أحدٌ من أصحابه، بَيْدَ أنَّ القوم لَمَّا سمعوا أنَّ مالكا يقول بالمصالح ألزَموه هذه الصورة؛ ولا تَلْزَمه، إنَّما تُرْمَى من السفينة الأموالُ لصيانة الأنفس، أمَّا رَميُ الأنفس لصيانة الأنفس، فلا تُشرع صيانةُ نفس بنفس. ولذلك قلنا: إذا أكره رجل، لزمه أنْ يصبر على البلاء، ولا يَفْدي نفسَه بقتل ذلك المبتلي (كذا)». صحَّ من كتاب الاستشفاء». هذا؛ وقد أُثِرَ خلافُ اللَّخميِّ في مسألة السفينة؛ فقد ذكر أنَّ المركب إذا ثقل بالناس، وخيف غرقه، فإنهم يقترعون على من يرمى؛ الرِّجالُ والنِّساءُ والعبيدُ وأهلُ الذِّمة فيه سواءٌ. البناني، الفتح الرباني ٧/ ٥٦-٥٧، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٤. قال ابنُ عَرَفَةَ عقبه: تعقَّب غيرُ واحد نقلَ اللَّخميِّ طرحَ الذِّميِّ لنجاة غيره، وربَّما نَسَبَه بعضُهم لخرْق الإجماع، وقالوا لا يُرمَى الآدميُّ لنجاة الباقين ولو ذميا. «مَطالع التمام» لأبي العباس الشماع، ص/ ١٤٧-١٤٨.

إلى القتل»[١].

قال عليش: «قد قالوا: **ليس للإمام التعزير بالقتل... فيلزم من امتناع التعزير بالقتل**: امتناعُ التعزير بما يُؤدِّي إليه، على أنَّ الضَّرْبَ المنتهي للموت قَتْلٌ، وقد قالوا: **لا ينتهي الإمام في التأديب للقتل**»[٢].

لكنهم قالوا: إنَّ التعزير الذي يُظنُّ السَّلامةُ من القتل فيه، إنْ أدَّى إلى القتل، فلا قِصاصَ فيه.

لكنَّنا نجد ابن فرحون يَحْكي حكاية على خِلاف ما تقدَّم، يقول: «هل يجوز أنْ يبلغ بالتعزير القتل أو لا؟ فيه خلاف. وعندنا يَجوز **قتل الجاسوس** المسلم إذا كان يتجسَّس بالعدو... وأمَّا **الدَّاعية إلى البدعة** المفرِّق لجماعة المسلمين فإنه يستتاب، فإنْ تاب وإلا قُتل»[٣].

والظَّاهِرُ أنَّ ما ادُّعي فيه بُلوغُ التعزير إلى القتل، إنما كان ذلك إلْحاقًا له ببعض الحُدود، خَاصَّةً الفَساد، فالمبتدِعُ الدَّاعيةُ مثلا إنَّما يُقتَل في المذهب لذلك، قال إسماعيلُ القاضي: «لم يَرَ مالكٌ استتابةَ القَدرية وسائر أهلِ الأهواء وقتلَهم إنْ لم يتوبوا، من جِهَة الكُفْر، وإنَّما رَأى قَتلَهم **من جِهَة الفَساد في الدِّين، لأنَّهم أعظمُ فَسادًا من المحارِبين**»[٤].

(١) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١١٧٨.

(٢) عليش، منح الجليل ٩/ ٣٦٠-٣٦١.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٣٤٧.

(٤) ابن عبد البر، الاستذكار ٢/ ١٥٤. وقال ابنُ تيميةَ: «وقالوا: إنَّما جوَّز مالكٌ وغيرُه قتلَ القدريةِ لأجْل الفَساد في الأرض، لا لأجْل الرِّدَّة». السياسة الشرعية، ص ٦٣.

المطلب الثَّالث

التحقيق في تفرُّد المالكيَّة بأصل المصالح المرسلة

صرَّحَ غيرُ واحدٍ مِنَ المالِكيَّة كابنِ العربيّ وبعضِ أهل المذاهب الأُخرى، بأنّ مذهب مالك تَفرَّدَ بجعل المصلحة المرسلة أصْلاً من أصول الأدلَّة الشَّرعية، قال ابنُ العربيّ: «انفَرَدَ بجعل المصلحة أصلاً من أصول الأحكام مالِكٌ ﵁ دونَهم، ولقد وُفِّقَ فيه مِنْ بينهم»[(١)]، وقال: «المصلحة، وهو [في][(٢)] كل معنى قام به قانونُ الشريعة، وحصلت به المنفعةُ العامَّةُ في الخليقة، **ولم يُساعِدْه على هذين الأصلين -أي: المصلحة وسدّ الذَّرائع- أحَدٌ من العلماء؛ وهو في القول بهما أقومُ قِيلا، وأهْدَى سَبيلا**»[(٣)]، وقال: «وأمَّا المقاصد والمصالح، فهي أيضًا **مِمَّا انفَرَد بها مالِكٌ دون سائر العُلَماء**»[(٤)].

وقال ابنُ رُشد الحفيد: «.. وهذا من باب القياس المرسل، وقد قلنا في غير ما موضع إنه **ليس يَقول به أحدٌ من فُقهاء الأمصار إلَّا مالِكٌ**»[(٥)].

غيرَ أنَّ بعض المحقِّقين قرَّروا بأنّ كونَ المصلحة المرسلة أصلاً من أصول الأحكام، ليس ممّا تفرَّد به مذهَبُ مالكٍ، بل سائرُ

(١) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٦٨٣، وانظر ٢/ ٧٤٩، ٨٠٢.

(٢) كذا في القبس. وليست ثابتة في المسالك.

(٣) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٧٧٩.

(٤) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٧٨٦.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ٦٠.

المذاهب على القول بها؛ إلَّا أنَّ لمذهب المالكيَّة مزيدَ اعتناءٍ بهذا الأصل، وذلك بكثرة الاستناد إليه في تفريعاتهم ومسائل اجتهادهم، كما كانت المالِكيَّةُ أجسرَ المذاهب على الإفصاح عنْ هذا الأصل، والبَوْحِ به، وبيانه، والاحتجاج له، حتّى عَدَّه مَنْ عَدَّه مِنْ مُفرَدات أصول مالك التي تميّز بها، وخالَفَ فيها غيرَه من المذاهب.

قال مُحقِّقُ المذهَب شهابُ الدِّين القَرافِيُّ: «يُحْكَى أنَّ المصلحة مِنْ خَصائص مَذْهب مالِكٍ؛ وليس كذلك...»[١]، وقال في موضِع آخر من «شرح التنقيح»: «أمَّا المصلحة المرسلةُ، فالمنقولُ أنّها خاصَّةٌ بنا؛ وإذا افتقدتَ المذاهِبَ وجدتَهم إذا قاسُوا أو جمعوا أو فرَّقوا بين المسألتين لا يَطلُبون شاهِدًا بالاعتبار لذلك المعنى، بل يَكتَفُون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحةُ المرسلة، فهي حينئذٍ في جميع المذاهِب»[٢].

وقرَّر كذلك عدمَ تفرُّد المالكيَّة بأصل الاستدلال المرسل: المقَّرِيُّ في «قَواعده»؛ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «...الالتِفاتُ إلى المصلحة من قَبيل المرسل الذي تُثبتُه المالكيَّة، ويُنكِرُه الجمهورُ باللِّسان، وإنْ قلَّ منهم مَنْ يَسلَمُ من الوُقوع فيه»[٣].

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٩، شرح تنقيح الفصول ٤٤٨.
(٢) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٤، انظر نفس المعنى في: نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٩، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٥.
(٣) المقري، القواعد رقم ٤٨٦.

ومَشَى على ذلك فقيهُ المَذْهَبَيْنِ ابنُ دقيقِ العِيدِ؛ حيثُ قال: «الذي لا شَكَّ فيه أنّ لمالك تَرجيحًا على غيره من الفُقهاء في هذا النَّوع، ويَليه أحمدُ بنُ حنبل. ولا يَكادُ يَخْلُو غيرُهما عن اعتباره في الجُملة؛ ولكنْ لهذيْن ترجيحٌ في الاستعمال على غيرِهما»[١].

وقال الطُّوفي الحنبليّ: «أجمع العلماء، إلَّا مَنْ لا يُعتدُّ به من جامِدي الظَّاهريّة، على تَعْليل الأحكام بالمصالح ودَرْء المفاسد، وأشدُّهم في ذلك مالِكٌ، حيث قال بالمصالح المرسلة؛ وفي الحقيقة لم يختصَّ بها، بل الجميعُ قائلون بها، غيرَ أنَّه قال بها أكثرَ منهم»[٢].

وقال الشَّيخ محمد الخضر حسين في الآخِرين: «والجاري على بعض الألسنة والأقلام أنَّها أصلٌ من أصول المذهب المالكي، والواقِعُ أنَّ لها يَدًا في سائر المذاهب المعوَّل عليها، وللمالكيَّة القِسْطُ الأوفَرُ في استِثْمارها»[٣].

سبب عزو تفرُّد المالكيَّة بهذا الأصل:

ويَتلخَّصُ سببُ إضافة تفرّد المالكيَّة بهذا الأصل في سببين:

الأوَّل: عَدَمُ تَحْرير محلِّ النِّزاع: الذي يَظهَرُ لي أنَّ أهمَّ عامِلٍ كان في أنْ نُمِيَ إلى المالكيَّة التَّفرُّدُ بهذا الأصل: عَدَمُ تحرير مَحلِّ النِّزاع، وعدمُ إبراز المسألة محلِّ النَّظر؛ ذلك أنَّ كثيرًا ممَّن تناول

---

(١) الزركشي: البحر المحيط ٨/ ٨٤.

(٢) الطوفي، التعيين شرح الأربعين ٢٤٣-٢٤٤.

(٣) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٦٤.

المسألةَ فَرَضَها في المصالح التي لا تستنِدُ إلَّا إلى نظر العقل وفِكْره، ولا يُنظر البتَّةَ في الشَّرع ووُجوه جَلْب المصالح فيه. وليس الأمر على هذا النحو، فالمالكيَّةُ -كما تقدَّم- إنَّما تقول بالاستصلاح الجاري على وَفْقِ سَنَنِ الشَّارع في مصالح الأحكام التي قرَّرها.

والباحثُ يجد في كثير من مسائل الأصول الاضطرابَ في تحديد مجال الخِلاف في تلك المسائل وتحرير محلّ النزاع فيها، فمِن مُعمِّم لصورة النزاع ومن مخصِّص ومُضيِّق لها؛ فلذا على النَّاظر فيما يُنقل من خلاف في مسائل أصول الفقه-: أن يكون على ذكر مِن هذا المَلحظ، وأنْ يُنزّلِ كُلَّ نقل على صورة المسألة التي تبنّاها النّاقلُ نفسُه، وبعد ذلك يَرجِع بالنَّظر إلى كلِّ صورة من صور المسألة عند كلِّ ناقل، وبعدها يُحاول استخلاص صورة النزاع الفعليَّة إن وُجدت؛ وينزل بذلك كل نقل منزلته من صورة النزاع الفعلية.

قال ابنُ عاشور -بعد تحريره لمحل النزاع-: «وبهذا كلِّه يَظهَر أنَّ الخلاف في هاته المسألة بيننا وبين الشَّافعية لَفظيٌّ، كما قال المصنِّف (أي: القرافيّ)، وأنَّ تشنيع إمام الحرمين نَزْعةٌ من طَرائق مُناظرات المخالِفين المتَّبعة في القَديم، وهي طَرائقُ كان الأجْدر بهِمَم العلماء التَّنكُّب عن سُلوكها»[١].

وممَّن أجْلَى المسألة وحَسَرَ عن وَجْهها سِتار الإشْكال: الفَخْرُ

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦٩.

إسماعيل البغدادي الحنبليّ في «جَنَّة الناظِر»[1]، حيث قال: «لا تَظهَر مُخالفةُ الشَّافعيِّ لمالِكٍ في المصالح، فإنَّ مالكًا يقول: إنَّ المجتهد إذا استقرأ موارِدَ الشَّرع ومَصادرَه أفْضَى نَظرُه إلى العِلْم برِعاية المصالح في جُزئيّاتها وكُلِّيّاتها، وأنْ لا مَصلحةَ إلّا وهي معتبَرةٌ في جنسها؛ لكنَّه استثنى من هذه القاعدة كلَّ مصلحة صادَمَها أصلٌ من أصول الشَّريعة»، قال: «وما حَكاه أصحابُ الشَّافعيِّ عنه لا يَعْدُو هذه المقالةَ؛ إذْ لا أخصَّ منها إلَّا الأخذ بالمصلحة المعتبَرَة بأصل مُعيَّن، وذلك مُغايرٌ للاستِرسال الذي اعتَقَدوه مَذْهبًا. فبَان أنَّ مَن أخذ بالمصلحة غير المعتبرة، فقد أخذ بالمرسلة التي قال بها مالِكٌ؛ إذْ لا واسِطةَ بين المذهبين»[2].

ومع هذا فأقول: إنه حتى مع بَيان مَحلِّ النِّزاع الفعليِّ في المصالح المرسلة، فإنها تَبْقى مَوضِعَ خِلافٍ من بعض أهل العِلْم، ويَظهَر هذا جِليًّا في كثير من الفُروع التي استَنَدت إلى المصالح المرسلة، وخالف فيها مَنْ خالف من أهل العلم، إنكارًا لأصل الاستصلاح. فالحكمُ لا يَكْفي في شَرعيَّته ارتباطُه ببعض الكُلِّيَّات المصلحيَّةِ التي جاء بها الشَّرْعُ، بل لا بُدَّ أنْ تكون الشرعية، بردِّ الفرع إلى أصْلٍ وارِدٍ في الشَّرْع حُكمُه. والمالكيةُ أنفسهم في كثير من الفروع التي قيل بانبنائها على المصالح المرسلة، ليسوا على

---

(١) «جَنَّةُ الناظر وجُنَّة المُناظِر»، كتاب في الجدل. والفَخْرُ إسماعيل، هو: إسماعيل بن علي بن حسين البغدادي. اشتهر تعريفه بغلام ابن المنى. توفّي سنة ٦١٠هـ.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤-٨٥.

اتِّفاق فيها. وقد سبق ما ذَكَرْناه عن ابن مَرْزوقٍ والشَّماع في إنكارهم لذلك.

ثانيا: عَدمُ الاعتداد بهذا الأصل تنظيرا والقول به تطبيقا من باب المصلحة: قد بات من القاطع أنَّ غالب المذاهب أَبَت القول بالمصالح المرسلة تأصيلا؛ لكنَّها سَلكَت بعضَ شِعابه تطبيقا وتفريعًا، وهذا يَستَدْعي توقُّفا للاطِّلاع على السَّبب الذي أنتج هذا الخُلفَ بين المقامين، أَعْني مَقامَ التَّنظير ومقام التَّطبيق. ولعلَّ السَّبب الذي أشار إليه بعض أهل العلم من أجود التَّوجيهات التي قيلت في تفسير هذه المُباينة بين المقامين؛ ومحصِّل هذا التَّخريج: أنَّ ترك القول بهذا الأصل في التَّنظير كان مُدركه المصلحة؛ لئلَّا يَغترَّ بهذا الأصل أهلُ الجور من الحكَّام والسَّلاطين، فيجعلوه تُكأةً لهم في فسادهم وانخلاعهم عن أحكام الشَّرع، ثمَّ يَرجِعون ذلك إلى المصالح المرسلة، وخاصَّة أنَّ أصل الاستصلاح ارتبط عند كثير من العلماء بالاستِصْلاح المتعلِّق بالسِّياسات التَّعزيرية التي تَقتَضيها المصلحة، فتَرَكَ مَن ترك من العلماء القولَ بهذا القول تأصيلا وأخَذوا به في بعض تَطْبيقاتهم الاجتهادية التفريعية حِذارًا من الفساد الذي أشرتُ إليه. وقد أشارَ ابنُ تيميَّة إلى ما كان من أمر بعض الظَّلمة الذين اتَّخذوا من أصل الاستصلاح مَدرجةً للظُّلم والعتوّ والاستبداد الذي يُجافي العدلَ الذي قامَتْ عليه الشَّريعة[١].

قال محمد رشيد رضا: «إنَّما فرَّ أكثرُ عُلماء الأُمَّة من تقرير هذا

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١١/ ٣٤٣.

الأصل تقريرًا صريحا، مع اعتبارهم كلِّهم له كما قال القَرافي-: خَوفًا من اتِّخاذ أئمَّة الجور إيَّاه حُجَّةً لاتِّباع أهوائهم، وإرضاء استبدادهم في أموال الناس ودمائهم، فرأوا أنْ يتَّقوا ذلك بإرجاع جميع الأحكام إلى النصوص ولو بضَرْب من الأقيسة الخفية، فجَعَلوا مسألة المصالح المرسَلة من أدقِّ مسالك العلَّة في القياس، ولم يَنوطوها باجتهاد الأمراء والحكام»[1].

لكنْ يُجابُ عن هذا التَّخوُّف: أنَّ أصل الاستدلال المرسَل لا يَخُوض فيه إلَّا من تأهَّل إلى منصِب الاجتهاد؛ أمَّا مَن كان خَلِيًّا من شُروط الاجتهاد، فليس له كلامٌ في الشَّرع أصلا، لا في المصالح المرسلة ولا في غيرها. ثمَّ إنَّ الشُّروط التي وَضَعها المالكيَّةُ في الأخذ بالمصالح المرسلة ممَّا تجعل للمجتهِد أعلامًا هاديةً لئلَّا ينِدَّ عن جَدَد الشَّرع ولاحِب طريقه.

وإذا خلُصَت الدِّراسةُ إلى بَيان احتِجاج المالكيَّة بأصل الاستدلال المرسَل والتَّحقيق فيه، فإنَّ من تمام التَّحقيق أنْ يُطرَق بالنَّظر جلاءُ الشُّروط التي وَضعتْها المالكيَّةُ في الأخذ بهذا الأصل؛ وهذا ما ستتناوله الدِّراسةُ بالبحث في المطلب الآتي:

---

(١) محمد رشيد رضا، تفسير المنار ٧/ ١٦٥.

المطلبُ الرَّابع

شُروط العَمَل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكي

الاستدلالُ المرسَلُ أصلٌ من أصول الأدلَّة الاجتهاديَّة عند المالكيَّة، والأخذُ به ليس أخذًا بمُطلَق المصلحة، بل إنَّ له ضوابطَ تضبطُه، وشروطًا تحكمه. وجملةُ الشُّروط التي وَضَعها المالكيَّة من استقرائهم فروعَ مَذهبهم، تتلخَّصُ فيما يلي:

● **الشَّرط الأوَّل: الملاءمَةُ لمقاصد الشارع:**

ليس كلُّ ما يُظَن أنَّه مصلحةٌ يكون كذلك في نَظَر الشَّرع، وعليه فإنَّ المعيار الذي يَجِبُ أنْ تُوزَن به المصالح وَزْنًا لا بَخْس فيه ولا شَطَط، هو ميزانُ الشَّرع، فما دَلَّ الاستقراءُ القطعيُّ أو الظَّنُّ القَريبُ منه أنَّ جنسا من المصالح اعتُبر ولوحِظ في شَرْع الأحكام الإسلاميَّة، كان ذلك دُستورًا للفقيه، بحيثُ يَحمِلُ على تلك الأجناس من المقاصد والمصالح المعتبرة شَرْعًا ما عُرِضَ عليه من نوازلَ تحتاج إلى بتٍّ في الحكم، وقطع في القضاء.

فالشَّرطُ الأوَّل الذي يجب اعتبارُه في القول بالمصالح المرسلة: أنْ تكون هذه المصالِحُ ممَّا شَهِدَ لها الشَّرعُ بالاعتبار بأصوله الكلِّيَّة وعُموماتِه المعنوية، وإنْ لم يكُن لها من الأصول الخاصَّة ما يَقوم باعتبارها والشهادة لها.

قال الشَّاطبي: «لا بُدَّ من اعتبار **الموافقة لقصد الشَّارع**؛ لأنَّ

المصالح إنَّما اعتبرت مصالح من حيث وضعها الشَّارع كذلك»[١].

وقال الشّاطبيّ ذاكرًا شروط المصالح المرسلة: «الملاءمة لمقاصد الشرع، بحيث لا تُنافي أصلاً من أصوله، ولا دليلا من أدلته»[٢].

وقال: «قِسْمُ العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر للعُقول، فإنه استرسل فيه -أي: مالك- استرسالَ المُدِلِّ العَريق في فَهْم المعاني المصلحيَّةِ. نعم، **مع مُراعاة مقصود الشَّرع ألَّا يَخرج عنه، ولا يُناقض أصلا من أصوله**، حتى لقد استشنع العلماءُ كثيرًا مِنْ وُجوه استرساله، زاعِمين أنه خَلَع الرِّبقةَ، وفَتَح بابَ التشريع. وهيهات ما أبعده من ذلك! رحمه الله»[٣].

وبناءً على هذا الشَّرط، فالمصلحةُ التي تُعارِضُ النُّصوصَ الشَّرعيةَ لا اعتِبار لها، ولا تَعْويلَ عليها، لا على أنَّ النَّصَّ وارِدٌ على خِلاف المصلحة؛ بل لأنَّا نَقطَعُ أنَّ أحكام الشَّرع واردَةٌ على وَفْق المصلحة والتَّعليل المعقول، فإذا وَرَدَ نصٌّ من الشَّارع عارَضَ مصلحةً، فالزَّللُ واقعٌ في عدِّ هذه المصلحة مصلحةً؛ لاشتباهٍ وقع، أو عِثارٍ في النَّظر عَرَض، فالمصلحَةُ حينها لا تُعدّ مصلحةً مُلائمةً، بل هي إلى الإلْغاء ما هي. والشَّرعُ إنَّما وَكَلَ لأهل الاجتهاد النَّظرَ في المسائل التي لا نصَّ فيها، أمَّا ما نصَّ فيه على حكم فالمعارَضَةُ له استنادًا لمصلحة -

---

(١) الشاطبي، الموافقات ١/ ٤١، الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٥٦.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١٢٩.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤.

في نَظَر المعترض- افتئاتٌ على الشَّرع في التَّشريع، وذلك بَسْلٌ لا يجوز، بل قد يَصلُ إلى خَلْع الرِّبقَة!

قال ابنُ عاشور مُعدِّدا شُروطَ المصلحة المرسلة في مذهب مالك: «. . وأنْ **لا يُعارضها دليلٌ شَرعيٌّ,أو مقصدٌ من مقاصد الشريعة**. . . هذا صريحُ مذهب مالك رحمه الله»[١].

وقال الحجوي: «أمَّا ما **عارَضَها نصٌّ فتُلْغى عند مالِكٍ** وغيره، ولذلك انتَقَد المالكيةُ على يحيى بن يحيى الأندلسي[٢] لَمَّا أفتى الأميرَ عبد الرَّحمن الأمَويَّ. . . بأنها فتوى شاذَّةٌ، لأخذه بالمصلحة في مُقابلة النصِّ، وذلك لا يجوز، لأنه يُؤدِّي إلى تغيير حُدود الشريعة بتغيُّر الأحوال، فتنحلَّ رابطَةُ الدِّين، وتَنفصِم العُرَى. . . فلا يُظَنُّ بالمالكية أنهم يَأخذون بالمصالح المعارضة للنَّصّ!»[٣].

وهذا ما قرَّره البغدادي الحنبلي في «جَنَّة النَّاظر»، قال: «إنَّ مالِكًا يقول: إنَّ المجتهد إذا استَقرأ موارِدَ الشرع ومصادِرَه، أفضى نَظرُه إلى العلم برعاية المصالح في جزئياتها وكلياتها، وأنْ لا مصلحة إلَّا وهي مُعتبَرة في جِنْسها، **لكنه استثنى من هذه القاعدة كلَّ مصلحة صادَمَها أصلٌ من أصول الشريعة**»[٤].

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ٢٢١.

(٢) وهذا على التسليم بأن هنالك مخالفة للنص، وقد تقدم أن لبعض المالكية نظرا في ذلك.

(٣) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٥٩.

(٤) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٤-٨٥.

ومَفادُ هذا الشَّرط أنَّ المصلحة المرسلة **لا يُكتَفى فيها بمُجرَّد عَدَم معارضتها** لأدلة الشرع وأصوله ومَقاصده؛ بل يجب أنْ تكون مُنخَرِطَةً في سِلْك المصالح التي اعتبرها الشَّارع في أحْكامه، وجاريةً في أودية المصالح التي تَفجَّرت بها يَنابيعُ هذه الشَّريعة.

وممَّا يَدُلُّ على عدم اعتبار الشَّرْع لمطلَق المصلحة في نَظَر العقل، أنَّ الشَّريعة جاءت بمقاصدَ على خِلاف كثير من الأحوال التي اعتبَرَها العُقلاءُ في بعض الأزمان مَصالحَ جَرى بها نظامُ حياتهم، واستقرَّت في نفوسهم على أنَّها مصالحُ لا غَناءَ لهم بدونها، وأثبتتْ الشَّريعةُ في مُقابِلِها مصالِحَ أرجحَ منها؛ فانقلب ما استقرَّ في النُّفوس من تلك المصالح إلى اعتقادِها مفاسدَ تنفُر عنها نفوسُهم، وتجمَحُ بها فِطرُهم التي اسقامَتْ بشَريعة الله[1].

قال ابنُ عاشور: «نعم، إنَّ مقصد الشارع لا يجوز أنْ يكون غير مَصلحة، ولكنه ليس يَلْزَمُ أنْ يكون مَقْصودًا منه كلّ مصلحة»[2].

● **الشَّرط الثَّاني: مجالُ المصالح المرسلة في الأحكام المعلَّلة لا التَّعبديَّة منها:**

مِنْ أهمِّ ما يُشتَرَطُ في المصالِح المرسلة: أنْ تكون فيما يَدخُل فيه التَّعليلُ على التَّفصيل، ومَجالُ ذلك هو العاداتُ والمعاملات، لا العباداتُ التي لا مَدخلَ فيها -في الجملة- للتَّعليل بالمناسبات

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٩٩.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٩٩.

المصلحيَّة التفصيليَّة الظاهرة المتقبَّلة لدى العُقول.

قال الشَّاطبيُّ: «موضوعُ المصالح المرسلة ما عُقِلَ مَعناه على التَّفصيل، والتَّعبُّداتُ من حَقيقتها أنْ لا يُعقَل مَعناها على التَّفصيل»[١]، وقال: «عامَّةُ النَّظَر فيها إنَّما هو فيما عُقِلَ منها، وجَرَى على ذَوْق المناسَبات المعقولة المعنى، التي إذا عُرِضَت على العُقول تلقَّتها بالقَبول؛ فلا مَدخلَ لها في التَّعبُّدات، ولا ما جَرَى مَجراها من الأُمور الشَّرعيَّة»[٢].

وجَرَى على اشتِراط هذا الشَّرْط الأبياريُّ[٣] وابنُ عاشور؛ قال ابنُ عاشورٍ في تعريف المصالح المرسَلة أنَّها: «..**المصلحة العامَّة** اللَّازمة في نَظَر العقل قطعا أو ظنّا قَريبا منه؛ فلذلك لا تدخُل التَّعبُّدات على التَّحقيق، وهو مُختارُ الشاطبي في «الموافقات»»[٤].

مذهب مالك عدم الالتفات إلى المعاني في العبادات:

ومَنْ تتبَّع فقهَ مالِكٍ استبان له أنه لا يَلتفِتُ في أبواب العبادة في الأغلب إلى المعاني المصلحية، ولا يَبْني الأحكامَ على مُقتَضاها؛ وهذا لغَلَبة التَّعبُّد فيها، وترجيحه لجانب التَّوقيف والتَّسليم على جانب التَّعليل التفصيليِّ.

قال الشَّاطبي: «ولذلك التَزَمَ مالِكٌ في العبادات عَدَمَ الالتفات

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٧.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٤٨، ٢/ ٦٢-٦٣.

(٣) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

(٤) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ٢٢١.

إلى المعاني، وإنْ ظهَرَت لبادئ الرأي؛ وُقوفًا مع ما فَهِمَ من مقصود الشارع فيها من التَّسليم على ما هي عليه»[١].

ومن مُثُل عدم لَحْظ مالِكٍ للمناسبات المصلحيَّة في أبواب التَّعبُّد:

أنه لم يَلتفِت في إزالة الأخباث ورَفْعِ الأحداث إلى مُطلَق النَّظافة التي اعتبرَها غيرُه، حتَّى اشترط في رَفْع الأحداث النِّيةَ[٢].

ولم يَقُم غيرُ الماء مَقامه عنده -وإنْ حصلت النَّظافة- حتَّى يكون بالماء المطلق[٣].

وامتنع من إقامة غير التَّكبير والقراءة بالعربيّة مَقامها في التَّحريم والتَّحليل والإجزاء[٤].

ومَنَعَ من إخراج القِيَم في الزَّكاة[٥]؛ مع أنَّ المعنى الذي له شُرِعَت الزَّكاة هو إغناءُ الفقير؛ وذلك يحصُل بإخراج عين ما وَجبت فيه الزَّكاة كما يَحصُل بالقيمة؛ بل رُبَما كانت القيمةُ في أحايين أنفعَ وأصلحَ للسُّعاة ولمن وَجَبَت لهم؛ فلم يَنظُر إلى ذلك مالكٌ، وغلَّب على ذلك جانبَ التَّعبّد؛ على أنَّ الزَّكاة من العِبادات

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٢٣٠، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ١٢٨-١٢٩.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٤٤-٤٥، الدردير، الشرح الكبير ١/ ٣٣، عليش، منح الجليل ١/ ٧٣.

(٤) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤، المواق، التاج والإكليل ٢/ ٢٠٦، حاشية العدوي على شرح الخرشي ١/ ٢٦٥.

(٥) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤، الحطاب، مواهب الجليل ٢/ ٣٥٦.

التي للتَّعليل فيها والمناسباتِ المصلحية أوْفرُ نصيب.

واقتصَر في الكفَّارات على مُراعاة العَدَد، وما أشبه ذلك[١].

قال الشَّاطبي: «ودورانُه في ذلك كلِّه على الوُقوف مع ما حدَّه الشَّارعُ، دون ما يَقتَضيه معنى مُناسبٌ إنْ تُصوِّر؛ لقلَّة ذلك في التَّعبُّدات ونُدوره، بخلاف قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظَّاهر للعقول»[٢].

والقولُ بأنَّ الأصل في العبادات عدمُ معقوليَّة المعنى على التَّفصيل، ليس من مُفرَدات مالك واختصاصاته؛ بل إنَّ باقي الأئمة على وِفاق معه في ذلك[٣].

أمَّا ما كان من المصالح جارِيًا على وَفْق المُناسبات المصلحيَّة المعقولة والمتمثَّلة في باب العادات، فإنَّ لمالك التَّقدُّمَ في اعتبار المعاني المصلحيَّة، وبناءِ الحكم على سَنَنها ومَهْيَعِها؛ وقد «استَرْسَلَ فيه استِرْسالَ المُدِلِّ العريقِ في فهم المعاني المصلحيَّة»[٤].

وممَّا يُنظر إليه في هذا المقام: أنَّ الاستحسان ممَّا يجري في باب العبادات، كما سيأتي في مَوضِعه من بَحْث الاستحسان، والاستحسانُ هو عملٌ بالمصالح المرسلة في مُقابِل الدليل الأصليِّ؛ فكيف يُجمَع بين هذا وبين ما اشتَرَطه الشَّاطبيُّ وغيرُه؟

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤، سحنون، المدونة ١/ ٥٩٣، ٢/ ٣٢٤-٣٢٥، المواق، التاج والإكليل ٣/ ٣٦٢، الخرشي، شرح مختصر خليل ٤/ ١٢٠.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٥-٥٦.

(٤) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٤.

والذي يَظهَرُ في الجواب عن هذا الإشكال: أنَّ المصالح المرسلة تَجري في باب العبادات، ولكنْ بصفة وجهيَّة لا مُطلقا، فالمصالح المرسلة التي يُعمل بها في باب العبادات إنما هي المصالح التي تكون من قبيل رفع الحرج والتَّخفيف؛ وهي من المعاني المصلحيَّة المعقولة المُنضبِطة؛ أمَّا أنْ يُستَنَد إلى المصالح في إثبات عِباداتٍ أو هيئاتٍ غيرِ منصوصٍ عليها، فهذا لا يَصحُّ؛ لأنَّ المغلَّب في ذلك هو التَّوقيفُ، إذْ إثباتُ عبادات وهيئات للعبادات لا يكون إلَّا من الشَّارع الحكيم؛ و«الأصل ما عمّ فى الباب، وغلب فى الموضع»[1].

وسيأتي مزيد بسط لهذه المسألة حالَ بحث أصل الاستحسان، إن شاء الله تعالى.

● **الشَّرط الثَّالث: تعلُّق المصالح المرسلة ببعض رُتَب المصالح:**

اتَّفق مَنْ قال بالمصالح في المذهب المالكي: أنَّها يُحتجُّ بها إنْ وَقَعَت في مرتبة الضَّروريَّات أو الحاجيَّات، أمَّا إنْ نـزلت في الرُّتبة إلى التَّحسينيَّات أو ما يُسمَّى بالتَّتمَّات، فقد اختلَف المالكيَّةُ في ذلك؛ وسأتناول كلَّ مرتبة على حِدَةٍ:

المصالح المرسلة الضرورية:

ممَّا لا يُختلَف فيه بين القائلين بالاستصلاح في المذهب المالكيِّ، أنَّ المصالِحَ المرسلة الرَّاجعةَ إلى حِفْظ ضروريٍّ من الضَّروريّات التي جاءت الشَّريعةُ بحفظها-: مَصالحُ مُعتبرةٌ تُبنى

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٠١-٣٠٢.

عليها الأحكامُ، ويُفتى على وَفقها ومُقتضاها. والمُلاحَظُ أنَّ المصالح المرسلةَ الآيلةَ إلى حِفْظ الضَّروريَّات هي من قَبيل الوَسائل التي يُتوصَّل بها إلى حِفْظ تلك الضَّروريات، فلا تدخُل المصالح المرسلة -ممَّا كانت من هذا السَّبيل- في جُملة المقاصد، وإنَّما هي في زُمرة الوسائل التي تكون وُصْلةً إلى تحقيق المقاصد. لذا؛ فإنَّ قاعدة «ما لا يتمُّ الواجب إلَّا به فهو واجب» ممَّا تَشهد لأصل الاستدلال المرسَل الذي يرجع إلى حِفْظ الضَّروريّات[1].

المصالح المرسلة الحاجيَّة:

كذلك اتَّفق المالكيَّة على أنَّ المصالح المرسلة التي خُلِعَ عليها وَصْفُ الحاجيَّة، ممَّا يَصحُّ التَّمسُّكُ بها والبناءُ عليها؛ وقد نَصَّ على ذلك أئمَّةُ المذهب ومُحقِّقوه، كالقَرافيّ[2]، والشَّاطبيّ[3]، وابن السَّراج[4]، وابن عاشور[5].

المصالح المُرسَلَة التحسينية:

أمَّا المصالِحُ المُرْسَلةُ التي انتظمت في سِلْك المصالح التحسينية، فإنَّ بين أهل المذهب خِلافًا في الاعتداد بها والتعلُّق بسببها؛ فالذي ذَهب إليه القرافي في «نفائس الأصول» أنَّ المصالح المرسلة معتبرةٌ في أيِّ مرتبة من مراتب المصالح وَقَعَتْ، حتَّى ولو

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٦، ٥٨.

(٢) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٠-٤٢٧٢.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٦.

(٤) المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/ ٢٢٦.

(٥) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ٢٢١.

كانت المرتبةَ الدُّنيا، أعني مرتبة التَّحسين والتَّزيين.

وخالف في ذلك الشاطِبيُّ وابنُ عاشور، فاشتَرَطوا في المصالح المرسلة أنْ لا تكون نازلةً عن مرتبة الحاجيِّ، فإنْ نَـزَلت إلى مرتبة التَّحسينيّات، فلا يصح التعويل عليها.

مذهب المجيزين:

قال الإمامُ القَرافي في «نفائس الأصول» رادًّا على مَنْ قَصَرَ المصالِحَ المرسلة على رُتبة الضَّروريَّات دون الحاجيَّات والتَّحسينيَّات: «قوله -أي الرَّازيّ-: «لا نحكم بالمصلحة المرسلة في محلِّ الحاجة والتَّتمَّة لأنَّه إثبات شرع بالرَّأي».

قلنا عليه سؤالان:

أحدهما: المنع؛ بل ما ثَبَتَ ذلك إلَّا باجتهاد صحيح، وأنَّ الاستقراء دلَّ على أنَّ الشَّرائع مصالح، وأنَّ الرُّسل عليهم السَّلام إنَّما بُعثوا بالمصالح ودرء المفاسد، **فمَنْ أثبت ضرورةً أو حاجةً أو تتمَّةً بالمصالح**، فقد اعتمد على قاعدة الشرائع، فلا يكون إثباتا للشَّرع بالهوى.

وثانيهما: أنَّه إنْ كان إثباتًا للهَوَى، فيَنبغي أنْ يُمنَع ذلك في الضَّرورة بطَريق الأوْلى؛ فلأنَّ الضَّروريات أهمُّ الدِّيانات، فإذا مَنعنا اتِّباعَ الهوى فيما خفَّ أمرُه، أوْلى أنْ نَمنَعه فيما عَظُم أمرُه»[١].

فترى كيف أنَّ القرافيّ جعل المصلحةَ المرسلة في أيّ رُتبة حطَّت مصلحةً معتبرةً؛ إذْ إنَّها مُستندةٌ إلى قاعدةِ الشَّرْع وأصولِه

---

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٠-٤٢٧١.

الكُليَّة الشَّاهدة لها بالاعتبار.

وقال القرافيّ -كذلك- في بَيانه لدليل إجماع الصَّحابة على الاستناد للمصالح المرسلة: «...رضي الله عنهم حَدَّدوا أُمورًا بالمصالح المرسلة، وأجمعوا عليها؛ منها:... وأمورٌ كثيرة لاتُعدُّ ولا تُحصى لم يَكُن في زمن النبي ﷺ شيءٌ منها؛ بل اعتمد الصَّحابةُ فيها على المصالح مُطلَقًا، سواءٌ تَقدَّم لها نَظيرٌ أمْ لا؟ **وهذا يُفيدُ القطعَ باعتبار المصالح المرسلة مُطلقًا؛ كانَتْ في مواطِن الضَّرورات أو الحاجات أو التَّتمَّات**»(١).

فالقَرافيُّ يُقرِّرُ أنَّ المصالح المرسلة مُعتبرةٌ عند المالكيَّة سواءٌ أكانت واقعة في رُتبة الضَّروريَّات أو الحاجيَّات أو التَّحسينيَّات.

مَذهَب المانعين:

تَقدَّم أنَّ الشَّاطبيَّ وابنَ عاشور ممَّن اشترط في المصالح المرسلة ألَّا تكون في هذه المرتبة؛ وفي هذا المقام أسُوق نُصوصَهم، ثمَّ أُقفِّيها بالمناقشة والتَّرجيح:

قال الشَّاطبيُّ: «وعلى كلِّ تقدير، **فليس منها ما يَرْجِعُ إلى التحسين والتزيين البتَّةَ**»(٢).

وقال ابنُ عاشور: «وقيَّد الغزَّاليُّ المصلحةَ بأنْ لا تكون في مرتبة التَّحسين؛ **وهو قيدٌ لازِمٌ**»(٣)، وقال: «وشَرْطُها أنْ تكون في

---

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧١-٤٢٧٢.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥٦.

(٣) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ١٦٩.

غير مرتبة التَّحسين. . . هذا صريحُ مذهب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ»[1].

والذي يَظهَرُ في هذه المسألة: أنَّ اشتراط تبوُّئ المصلحة رُتبةَ الحاجيَّات أو الضَّروريَّات، وأنْ لا تَنحطَّ إلى الرُّتبة الدُّنيا وهي رُتبة التَّحسينات-: إنَّما يَستقيم ويَلْزَمُ القولُ به في حال مُعارضة المصلحة المرسلة لعُمومٍ لفظيّ أو عُموم قياسيٍّ؛ إذْ مُسوِّغُ العُدول عن أدلّة الشَّرْع من قياسٍ أو عُموم لا يكون إلَّا لأصل قويٍّ يُعتمد عليه من ضَرورة مُلجئة أو حاجة عامَّة ماسَّة؛ أمَّا المصلحةُ التَّحسينيَّة فلا تَرْقى لأنْ تُعارِض أدلَّةَ الشَّرع القياسيَّةَ واللَّفظيَّة؛ فلا تكون مُوجِبة للاستثناء منها. وأنتَ إنْ تقرَّيتَ الأحكامَ الشَّرعيةَ المعدولَ بها عن القياس والقواعِدِ العامَّة، فإنَّك واجِدٌ أنَّ عامَّتها مُخرَّجةٌ على الاستثناء المؤسَّس على ضَرورةٍ لازِمة أو حاجةٍ عامَّةٍ، مثل الرُّخص العامَّة كالمُساقاة والإجارة، وقلَّ ما تجِدُ فيها استثناءً على أساس رِعاية أصْلٍ تَحْسينيّ؛ والمجتهِدُ إنَّما يَجري في اجتهاده على سَنَن الشَّرع في وَضْع التَّشريع، ومنهاجِه فيه.

أمَّا المصالحُ التي لا مُعارِضَ لها من أدلَّة الشَّرع، ولا مُعارض لها من مصالحَ أُخرى مُقابلة لها-: فإنَّ الوُقوف -والحالة هذه- عند الحاجيات، وعَدَمَ مُجاوزتها إلى التَّحسينات، ليس ممَّا تَقْوَى حُجَّتُه، ولا ممَّا يَظهَر وَجهُه؛ فكما أنَّ المصالح الضَّروريَّة والحاجيَّة مُعتبرةٌ في الشَّرع، فكذلك المصالح التَّحسينيَّة.

ومُنتَهى ما احتجَّ به القائلون بالمصالح المرسلة أنَّ اعتبار جِنْس

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ٢٢١.

المصالح التي اعتبرَها الشَّارع في المصالح التي لا نصَّ فيها، ولا أصلَ لها يُقاس عليها-: ممَّا يَشهَد لها بالاعتبار، وهذا بناءً على الاستناد إلى حجّيّة العُمومات المعنويَّة، وإلى أنَّ ذلك أوْلى من بعض الأقيسة؛ وهذه الأدلَّة ممَّا تجري على أجناس المصالح التَّحسينيَّة؛ إذْ هي من قبيل العموم المعنويّ، وما قيل في الأولويَّة ينسحِبُ عليها؛ إذْ لا فَرْقَ!

قال القَرافيّ: «فمَن أثبتَ ضرورةً أو حاجة أو تتمَّةً بالمصالح، فقد **اعتمد على قاعدة الشَّرائع**؛ فلا يكون إثباتا للشَّرع بالهوى»[(١)].

وكذلك فإنَّ قول ابنِ السَّرّاج: «تقرَّر من أنَّ مذهب مالك ﵁ القول بالمصالح المرسلة، وهي **أنْ تكون المصلحة كلية محتاجا إليها**»[(٢)] مُخرَّجٌ على ما قدَّمته من أنَّ مالِكًا يَستند إلى المصالح الحاجيَّة الكُليَّة في تجويز ما دلَّ الدَّليل الأصليُّ على مَنْعه استِحْسانًا؛ فشَرْطُ المصلحة المرسلة التي تكون على هذا النَّحو تَحقُّقُ كونِها مصلحةً كُليَّة مُحتاجا إليها.

والدَّليلُ على أنَّه أراد هذا المعنى: أنَّه مُباشرة بعد تقريره لهذا الشَّرط ذَكَر مُثُلاً لاعتِبار مالِكٍ للمصلحة المرسلة الحاجيَّة، وكلُّها أمثلةٌ استحسانيَّة؛ أعْني أنَّها مصالحُ مُرسلة حاجيَّةٌ مُعارضة لعمومات لفظيَّةٍ أو قياسيَّة؛ قال ابنُ السَّراج في تمثيله لما قرَّره: «كقوله -أي: قول مالك- بجواز تأخير الأُجرة في الكِراء

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧١.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/ ٢٢٦.

المضمون، أعني كراء الدَّابّة إذا نقد الدينار أو نحوه؛ وعلَّله بأنَّ الأكرياء اقتطعوا أموالَ النَّاس. فانظُرْ كيف أجازَ بالتّبع للضَّرورة[١]... إلى غير ذلك من المسائل التي **اعْتَلَّ في إجازتها بحاجة النَّاس إليها**؛ كالرَّدِّ في الدِّرْهم، وخَلْط الذَّهب في دار الضَّرْب وقسمته بعد تصفيته، وخلط الزَّيتون في المعصرة، واقتسام الزيت...»[٢].

فانظُر إلى قوله: «اعتَلَّ في إجازتها بحاجة النَّاس إليها»، فتجويزُه كان في مُقابل دليلٍ يُوجِبُ عَدَمَ الجواز؛ فتجويزُ الرَّدِّ في الدِّرهم مُستثنى من دليل تحريم رِبا الفضل[٣]، وتجويزُ خَلْطِ الذَّهب وخلطِ الزيتون مُستثنى من دليل تحريم المزابنة[٤]، وهذا استنادًا إلى المصلحة الكُليَّة الحاجيَّة. وكذلك المثال الأوَّل في تجويزه تأخيرَ الإجارة في الكراء المضمون؛ فإنَّه تجويزٌ لما دلَّ

(١) انظر مسألة الكراء المضمون في: المقدمات الممهدات ١/ ٤٥١، المواق، التاج والإكليل ٧/ ٥٠٠، عليش، منح الجليل ٧/ ٤٤٠.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/ ٢٢٦.

(٣) قال الحطَّاب: «وصورَتُها أنْ يُعطي الإنسانُ درهما، ويأخذ بنصفه فُلوسًا أو طعامًا أو غيرَ ذلك، وبالبعض الباقي فضة؛ والأصلُ فيها المنع... لأنه لا يَجوز أنْ يُضافَ لأحَد النَّقْدَين في الصَّرْف جِنْسٌ آخَرُ؛ لأنه يُؤدِّي إلى الجَهْل بالتماثل، والجهلُ بالتماثل كتحقُّق التفاضُل؛ وهذه المسألةُ مُستثناةٌ من القاعدة المذكورة للضَّرورة. وكان مالِكٌ يقول بكراهة الردِّ في الدِّرهم، ثُمَّ خفَّفه لضَرورة النَّاس. ولِمَا رجع إليه أَخَذَ ابنُ القاسم، وهو المشهور من المذهب» مواهب الجليل ٤/ ٣١٨-٣١٩. وانظر عند: الخرشي، شرح مختصر خليل ٥/ ٤٣-٤٤.

(٤) سيأتي تناوُلُ مسألة خلط الزيتون في العصر في بحث الاستحسان.

الدَّليل على منعه من تحريم الدَّين بالدَّين؛ ومُوجِبُ التَّجويز المصلحةُ الكُلِّيةُ الحاجيَّة، وقد عبَّر عنها في هذا المقام بالضَّرورة(١)، والمالكيَّةُ وغيرُهم يَتجوَّزون في إطلاق الضَّرورة على الحاجات العامَّة؛ كما هو مقرَّرٌ في موضعه.

وكذلك فإنَّ قول ابن السَّرّاج: **إنّ مالِكًا يُراعي الحاجيَّات كما يُراعي الضَّروريات(٢)، مُخرَّجٌ على ما قدَّمتُه، من أنَّه إذا اتُّفِقَ على صِحَّة الاستناد للضَّرورة في تَجْويز الممنوع، فإنَّ مالِكًا كذلك يَستنِدُ إلى المصالح الحاجيَّة الكليَّة في تجويز الممنوع.**

لكنْ يَبْقَى الإشكالُ عن السَّبب الذي دَفَعَ الشَّاطبيَّ وبعده ابن عاشور أنْ يَشترِطَا في المصالح المرسلة أنْ لا تَنحدِر إلى رُتبة التَّحسينات.

والذي يظهر لي - والله أعلم -، أنَّ كثيرًا من المصالح المرسلة لا تَكاد تصفُو من مُعارِض لها من أدلَّة الشَّرع القياسيَّة واللَّفظيَّة - على اختلاف قوة هذه الأدلة وضَعْفها-؛ وقد تقدَّم اشتِراطُ كون المصلحة في حال المعارضة ضَروريَّة أو حاجيَّة؛ فأحسب أنَّ لهذه الكثرة أثرًا فيما ذَهبَ إليه الشَّاطبيّ وابنُ عاشور.

وممَّا يَلفِتُ النَّظرَ أنَّ تأصيلات الشَّاطبيّ في مجال المصالح المرسلة في كتاب «الاعتصام» كان ملحوظا فيها النَّظرُ إلى البدع

---

(١) انظر مسألة الكراء المضمون: الباجي، المنتقى ٥/ ١١٥-١١٦، المواق، التاج والإكليل ٧/ ٥٥٠-٥٥١، عليش، منح الجليل ٧/ ٤٣٩-٤٤٠.

(٢) المواق، التاج والإكليل ٧/ ٤٩٦، ميارة، شرح تحفة ابن عاصم ٢/ ١٠٢.

وعدم جريانها في باب المصالح المرسلة.

فقد يكون لهذا أثرٌ فيما نحن بصدد بحثه؛ فإنَّ كثيرا من البدع الإضافيَّة إنَّما تَلِجُ في المصالح من بابة التَّحسينيَّات؛ إذ الهيئاتُ مثلا في العبادات هي من قَبيل التحسينيات، فمَن ابتَدَع هيئةً مُعيَّنةً في عبادة ثابتة شرعا، فهو يَرجعها إلى باب التَّحسينيات؛ فلعلَّ الشَّاطبيّ أراد قَطْعَ الباب وحَسْمَه رأسًا بمنع أنْ تكون المصالح المرسلة في رُتبة التَّحسينات.

وهذا إذا صحَّ، فإنَّه غير لازمٍ البتَّةَ؛ إذْ لا يُمَكَّن المبتدِعُ من الابتداع بهذا المُتمَسَّك؛ لأنَّ في الشّروط الأخرى ما يُبطِلُ البدع التي من هذا القَبيل؛ فاشتراطُ كون المصالح المرسلة مَعقولةَ المعنى بحيث لا تَدخل في باب العبادات يقطع البدع ويحسم مادَّتها، ولا حاجةَ بنا إلى هذا الاحتياط بمنع المصالح التَّحسينيَّة.

فإذا تَحرَّر هذا، فإنَّ القول بالمصالح المرسلة الواقعة في رتبة التَّحسينيّات إنْ سَلِمَت من الأدلَّة المعارضة، فهي مُعتبرة إذا استوفت الشّرائط التي نحن في سياق تَقْريرها.

● **الشَّرط الرَّابع: يُشتَرَطُ في المصلحة المرسلة أن تكون عامَّة لا خاصَّة:**

شَرَط بعضُ أئمَّة المذهب المالكيّ أنْ تكون المصلحة المرسلة عامَّةً بحيث ينسحِبُ نفعُها على عامَّة النَّاس، ولا تكون خاصّة بالأفراد، وعزَوا هذا الشَّرط لمقتضى المذهب المالكيّ.

ومِمَّن نَصَّ على اشتراط هذا الشَّرط ابنُ السَّرَّاج؛ قال: «تقرَّر

من أنَّ مذهب مالك ﷺ القول بالمصالح المرسلة، وهي أنْ تكون المصلحةُ **كُليَّةً** مُحتاجًا إليها»[١]، ومرادُه من «**الكلية**» أنْ تكون عامَّة؛ وهذا كالشَّرط الذي اشترطه الغزالي؛ إذْ جعل شروط قَبول المصالح المرسلة أن تكون: ضروريّة وقطعيّة وكُليّة؛ ثمَّ فسَّر الكليَّة بأنَّها المصلحة العامَّة لا الخاصَّة[٢].

واشترط هذا الشَّرط كذلك الشَّيخُ ابنُ عاشور؛ فإنَّه عدَّ العُموميَّةَ في المصالح المرسلة وسدِّ الذَّرائع من خَواصِّهما، وما كان خاصًّا بالشّيء فهو شَرْطٌ له؛ قال رحمه الله: «وليس القولُ في سدِّ الذَّرائع ورَعْي المصالح المرسلة بأقلّ أهميّة من القول في الرّخصة، **وتعلّقُهما بمجموع الأُمَّة من خواصّهما، بحيث لا يُفْرَضان في أحوال الأفْراد**»[٣].

وقال كذلك في سياق ذِكْره لشُروط اعتبار المصالح المرسلة: «وشرطها... **وأنْ تكون عامَّةً**؛ هذا صريح مذهب مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ»[٤].

بل قد شَرَطَ هذا الشَّرطَ قبلُ الإمامُ ابنُ العربيّ في «القبس» حينما عَرَّف المصلحة التي يقول بها مالكٌ رحمه الله؛ قال: «المصلحة، وهو كلّ معنى قام به قانون الشَّريعة، **وحصلت به المنفعة العامَّة في الخليقة**»[٥].

---

(١) المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/ ٢٢٦.

(٢) الغزالي، المستصفى ١/ ٤٢١.

(٣) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٠٦.

(٤) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ٢٢١.

(٥) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٧٧٩.

وهذا الشَّرط الذي قرَّره الشَّيخ الطَّاهر بن عاشور ومِن قبله القاضي ابنُ العربيّ وابن السَّراج هو شَرْطٌ لازِمٌ في المذهب المالكيّ؛ فالنَّظر في المصالح المرسلة يَجِبُ أنْ يكون نظرًا كليّا لعموم النَّاس، ولقد جَرَى لأئمَّة المالكيَّة التَّعبيرُ عن المصالح المرسلة بعبارة: **المصالح العامَّة**، وهذا منهم دلالةٌ على مَركزيَّة صفة العموميَّة في المصالح المرسلة المعتدِّ بها؛ ومن هذه النُّصوص:

قال الدّردير: «وقال ابن فرحون: للقاضي تحليف الشاهد بالطلاق إن اتّهمه؛ أي لقاعدة: «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»، وهو مِنْ كلام عُمَرَ بن عبد العزيز استحسنه مالِكٌ؛ **لأنَّ من قواعد مذهبه مُراعاةَ المصالح العامَّة**»[1]، والقاعدة التي راعاها مالك في هذه المسألة هي قاعدة المصالح المرسلة.

وقال ابنُ رُشْدٍ في مسألة ضمان الصُّنّاع: «الأصلُ في الصُّنّاع أنّه لا ضَمانَ عليهم، وأنَّهم مُؤتَمَنون لأنَّهم أُجراءُ، وقد أسقط النَّبيُّ ﷺ الضَّمان عن الأجراء، وخصَّص العلماءُ من ذلك الصُّناعَ وضَمَّنوهم نَظرًا واجتِهادًا؛ لضَرورة الناس لغَلَبة فَقْر الصُّناع، ورِقَّة ديانتهم، واضطرار النَّاس إلى صَنعتهم؛ فتضمينُهم **من المصالح العامَّة الغالبة التي تَجِبُ مُراعاتُها**»[2].

وقال النفراوي في مسألة اللَّوث في القَسامة التي اعتَمَد فيها مالكٌ المصلحةَ المرسلةَ: «**فالعَمَلُ بها من المصالح العامَّة التي بَنَى**

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ٤/ ١٧٤، الصاوي، بلغة السالك ٤/ ٢٤٧.

(٢) عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣.

عليها الإمامُ مَذْهبَه»[١].

ومَن تتَّبع مَسائلَ المالكيَّة وَجدَها طافحةً باعتبار المصلحة المرسلة إذا كانت عامَّةً، والتَّنصيصُ على العُموم في هذه المواضع يَدلُّ على أنَّها من شُروط اعتبارها.

ولمزيد بَيان هذا الشَّرط وتقريره أَسوقُ في هذا الموضع مَسائلَ بَنَى مالكٌ عليها الحُكمَ على المصلحة العامَّة:

(١) كراهةُ شِراء عنب الحصرم والرُّمان الأخضر والإجاص والتفاح وسائر الثمار قبل أنْ تطيب على أنْ تقطع، في الأمصار القليلة الثمار.

لا خِلافَ في مذهب مالك تجويزُه شراءَ عِنبِ الحصرم والرُّمان الأخضر والإجَّاص والتّفاح وسائر الثِّمار قبل أنْ تطيب على أنْ تُقطع؛ إلَّا أنَّ مالكًا كرِه ذلك في غير الأمصار التي يَقِلُّ فيها الثِّمارُ، وأحبَّ أنْ يُمنع من ذلك؛ **رِفْقًا بأهل ذلك المكان، ونَظَرًا لمصلحتهم**[٢].

ففي «العُتبيَّة»: وسُئلَ مالكٌ عن العنب الحصرم وعن الرُّمَّان الأخضر والتّفاح، وكلّ ذلك لم يطب، باع على أنْ يقطع؛ قال: «لا بأس بذلك... **فكلُّ ما أضَرَّ بالنَّاس مثل هذا، فأرى أنْ يُمنَعوا إلّا الأمصار؛ فإنَّ فاكهتَهم كثيرةٌ، ولا أرى به بأسا»**[٣].

---

(١) النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ١٨١.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ٢٧٥-٢٧٦. وانظر المواق، التاج والإكليل ٦/ ٤٥١.

(٣) المرجعان السَّابقان.

فترى كيف أنَّ مالِكًا مَنَعَ بيعَ الثمار التي لَمَّا تطِب بعدُ في الأمصار القليلة الثِّمار؛ نَظَرًا للمصلحة العامَّة التي تَقتَضي احتياجَ الناس إلى هذه الثمار تامَّةَ الطِّيب. وتقييدُه الكراهة بغير الأمصار، لأنَّه لو أبيح لهم لأَوْشَكَ أنْ تُباع كلُّ الثِّمار على هذه الشَّاكلة.

(٢) يُمنَعُ من ذَبْح بعض الأنعام لحاجة النَّاس إليها حيَّةً:

ومِنْ بارِع نَظَرِ إمامِ دار الهجرة ﷺ، أنَّه قال بمنع ذَبْح الفَتِيِّ من الإبل المحتاجِ إليه في الحمولة، وبمنع ذبح الفتيِّ من البقر القويَّة المحتاج إليه في الحرث، وبمنع ذبح ذواتِ الدَّرِّ من الغَنم. ومُدركُ مالك في منع ذبح هذه الأنعام ومنع بيعها للذبح، هو النَّظرُ إلى حاجة النَّاس العامَّة لهذه الأنعام حيَّة، في الحمل والحرث والدَّرّ؛ فقيَّدَ مالِكٌ حقَّ التَّصرُّف في المِلْكِ بالمصلحة العامَّة التي تَقتَضي إبقاءَ هذه الأنعامِ حيَّةً لينتفع بها؛ فللّه دَرُّه من فقيه![1].

قال ابنُ رشد: «يمنع من بيع الفتايا من البقر القوية على الحرث للذبح؛ **نَظَرًا للعامَّة، وصَلاحًا لهم**»[2].

(٣) كراهَةُ نَقْش الثمار، لأنه مُضِرٌّ بالناس.

ومن المصالح العامَّةِ التي راعاها مالكٌ كراهتُه النَّقشَ للثِّمار؛ ومعنى النَّقش الذي كَرِهه مالكٌ: أنْ يُحدث في بشرة الثِّمار أثرًا كالجرح، فيسرع إليها التَّرطيبُ قَبلَ أوانِه؛ وذلك من الغشِّ إنْ لم

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ٢٧٥-٢٧٦، التاج والإكليل ٦/ ٤٥١، الحطاب، مواهب الجليل ٣/ ٢٣٠، عليش، منح الجليل ٧/ ١٥٥

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ٢٧٥-٢٧٦. وانظر المواق، التاج والإكليل ٦/ ٤٥١.

يُبيِّن، ومع التَّبيين كرهه مالك[١].

ومُدْرَكُ كراهةِ مالكٍ لنقش الثِّمار، ما في ذلك من فَسادٍ للثَّمرة، فرأى أنْ يُمنع أهلُ الحوائط من ذلك؛ نَظَرًا لمصلحة عامَّة الناس.

قال مالكٌ في «المستخرجة»: «وإنَّما كَرِهتُ النَّقشَ ههنا، **لأنَّ ذلك مُضرٌّ بالنَّاس، وقد نهى رسولُ الله ﷺ أنْ يَبيعَ حاضرٌ** لبادٍ[٢]، لضَرر ذلك على النَّاس، وأنْ يَتلقّوا السِّلَعَ[٣]؛ فكلُّ ما

---

(١) المرجعان السابقان.

(٢) رواه مالكٌ في الموطَّأ في كتاب البيوع، باب ما ينهى من المساومة والمبايعة، رقم ١٩٩٥، عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة ﵁ أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تلقَّوا الرُّكبانَ للبيع، ولا يبع بعضُكم على بيع بعض، ولا تناجَشُوا، ولا يَبِعْ حاضِرٌ لبادٍ. ولا تُصَرُّوا الإبلَ والغَنَمَ، فمن ابتاعَها بعد ذلك فهو بخير النَّظَرَيْنِ بعد أنْ يَحلُبها: إنْ رضيها أمسَكَها، وإنْ سَخِطها ردَّها وصاعًا من تَمْرٍ». ورواه من طريق مالك: البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم..، رقم ٢١٥٠، ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل عى بيع أخيه..، رقم ١٥١٥.

(٣) روى يحيى بن يحيى في روايته لموطإ مالك: عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يبع بعضكم على بيع بعض». قال ابن عبد البر في «التمهيد» (١٣/ ٣١٦): «هكذا روى يحيى هذا الحديث دون زيادة شيء، وتابعه ابنُ بُكير وابنُ القاسم وجَماعةٌ. ورواه قومٌ عن مالك عن نافع عن ابن عمرَ أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السِّلَع حتى يُهبَطَ بها الأسواق». وهذه الزيادَةُ صحيحةٌ لابن وهب، والقَعنبي، وعبدالله بن يوسف، وسليمان بن برد، عن مالك، وليست لغيرهم. وهي صحيحة. وأمَّا سائر أصحاب مالك، فإنَّما هذا المعنى وهذه الزيادة عندهم في حديث أبي الزِّناد. وهي صحيحَةٌ محفوظة من حديث مالك وغيره عن نافع عن ابن عمر في النهي عن تلقِّي السلع حتى يهبط بها الأسواق». ورواه بالزيادة من طريق مالك: البخاري (عن عبد الله بن =

أضرَّ بالنَّاس مثلُ هذا، فأَرَى أنْ يُمنَعوا، إلَّا الأمصار»[١].

قال ابنُ رشد: «كَرِهَ النَّقشَ بالمدينة **نَظَرًا للعامَّة؛ إذْ فيه فسادٌ للثَّمرة**، وذلك ضَرَرٌ بهم؛ فوَجَب أنْ يُنظر في ذلك لهم»[٢].

وقرَّر مالكٌ مُدركَه بما ثبت في الشَّرع من تقديم المصلحة العامَّة على المصلحة الخاصَّة؛ إذْ نَهَى رسولُ الله ﷺ عن تلقّي السلع، وعن أنْ يَبيع حاضرٌ لباد، لأنَّ المعنى في ذلك الرِّفقُ بأهل الحاضرة والنَّظَرُ لعامتهم؛ فقد ثبت في الشَّرع أصلٌ شرعيّ كلِّيّ هو تقديم المصلحة العامَّة على الخاصَّة[٣].

(٤) الجلب والتعشير:

الأصلُ في مذهب مالك أنْ يُمنَع البائعُ من البيع بخِلاف سِعْر السُّوق؛ لِمَا في ذلك من الضَّرر؛ واستثنى المالكيةُ من هذا المنع الجالبَ من غير أهل البلد، فله أنْ يَبيع كيف شاء؛ ومَناطُ الاستثناء في التجويز في هذه المسألة: هو النظرُ إلى المصلحة العامَّة؛ ذلك

= يوسف التنيسي) في كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان وأن بيعه مردود، رقم ٢١٦٥، وأبو داود (عن عبد الله بن مسلمة القعنبي) في كتاب البيوع، باب في التلقي، رقم ٣٤٣٦، وأحمد (عن عبد الرحمن بن مهدي) رقم ٤٣٠٢، ٥٠٥٢، ورواه أحمد (عن أبي نوح قُراد) رقم ٥٣٩٤، والدَّارمي (عن خالد بن مخلد) رقم ٢٤٥٤.

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ٢٧٥-٢٧٦. وانظر المواق، التاج والإكليل ٦/ ٤٥١.

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ٢٧٥-٢٧٦. وانظر المواق، التاج والإكليل ٦/ ٤٥١.

أنَّ الجالِبَ لَوْ أُلْزِمَ بالبيع بسِعْر السوق لكان ذلك سببًا إلى قَطْع الجلب، وفي ذلك من الضرر العام ما فيه؛ فأجاز المالكيةُ لهذا الجالب أنْ يَبيع كيف شاء؛ نَظَرًا للمصلحة العامَّة[1].

قال ابنُ العَرَبِيِّ مُقرِّرًا مُدْرَكَ المالكيَّة: «وهذا مَبنيٌّ على قاعدة **المصلحة**؛ فإنَّ الجالِبَ لَوْ قِيل له كما يُقال للرَّجل من أهل السُّوق: «إمَّا أن تبيع بسعرنا وإمَّا أنْ تقوم عن سوقنا»، لانقطع الجَلَبُ واستَضَرَّ النّاس»[2].

ومن المسائل المشابهة لهذه المسألة مسألةُ التعشير؛ فإنه يُؤخَذُ من كلِّ جالب من أهل الذِّمَّة العُشرُ، إلَّا إذا كان الجلب إلى مكَّة؛ تَكثيرًا للأقوات فيها، لأنها مَحطُّ المسلمين وقِبلتُهم، وبالناس حاجةٌ لكثرة القوت؛ فاقتَضت المصلحةُ العامَّةُ الظَّرفيةُ أنْ يُؤخَذ من أهل الذمة نصفُ العشر.

قال ابنُ العربيِّ: «كلُّ مَنْ جَلَبَ من المعاهدين إلى بلاد الإسلام، أُخِذَ منه العُشرُ، إلَّا أنْ يجلب إلى مكَّة؛ فإنَّه يُؤخَذ منه نصف العشر؛ مصلحةً سببُها التَّحريضُ والتَّحضيضُ على جَلْب الأقوات إليها، وفائدته كثرتُه فيها. ولَمَّا لحظ ابنُ حبيب من أصحابنا هذه المصلحة، وفَهِم المقصودَ-: قال: إنَّ الجالب للطعام لا يمكن أنْ يبيع إلَّا بسِعْر الناس، ما خلا القمح والشعير، فإنه يكون فيه بحكم نفسه للحاجَة،

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٦/ ٢٥٤، الباجي، المنتقى ٥/ ١٨، ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٨٣٨.

(٢) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٨٣٨، وانظر: الباجي، المنتقى ٥/ ١٨.

ولتمام المصلحة بهما»[١].

وهذه بعضُ المُثل من مذهب مالك تُنبئ عمَّا وراءَها مِن رَعْي المصلحة العامَّة للنَّاس، وتقديمِها على المصلحة الخاصَّة في حالة التَّعارض والتَّعانُد.

وممَّا يَتعلَّق بأذيال شرطِ العُموميَّة أنَّ الحُكم إذا ثبت استِنادًا إلى المصلحة المرسلة، كان حُكمًا عامًّا؛ بحيث لا يُنظَرُ في التَّطبيق إلى خُصوص الأعيان والأفراد؛ حِفظًا لقانون المصلحة من الانْخرام. قال ابنُ رُشْدٍ: «ما طريقُه المصالحُ وقَطْعُ الذَّرائع لا يُخَصَّص في موضع من المواضع»[٢]. فمثلاً إذا قُلنا -على مُقتضى مذهب مالك- بتضمين الصّناع فيما يُغاب عنه استنادًا إلى المصلحة المرسلة، فإنَّ كلَّ صانع يُضمَّن مالم يَقُم على الضَّياع بيِّنةٌ ولم يكُن من تفريطهم، ولا يُخصَّص من هذا الحكم العامِّ صانِعٌ من صانِع، فلا يُقال إنَّ فُلانا الصَّانعَ أمينٌ فلا نُضمِّنه؛ لأنَّ طَرْدَ الحكم وتعميمَه ممَّا يَكفُلُ للحُكْم الاحترام، ويَقطَع السَّبيل على هَوَى التَّلاعب في التَّطبيق من قِبَلِ القُضاة.

هل يُشتَرط في المصالح المرسلة أنْ تكون قطعيَّة؟:

اشتراطُ القطعيَّةِ أو ما قاربَها من الظنِّ في المصالح المرسَلَةِ سَبَقَ اشترطُها من الغزاليّ، أمَّا المالكيَّةُ فكان لهم اعتراضٌ عليه وانتقادٌ:

---

(١) المرجعان السابقان.

(٢) ابن رشد، المقدمات الممهدات ٢/ ٢٤٤، [دار الغرب الإسلامي]. ونقله عن ابن رشد: المواق، التاج والإكليل ٧/ ٥٥٨، وعليش، منح الجليل ٧/ ٥١٤.

فابنُ المنيِّر اعترض على الغزاليِّ اشتراطَه هذا الشَّرطَ رأسًا؛ فقال: «هو احتكامٌ من قائله؛ ثُمَّ هو تَصويرٌ بما لا يُمكن **عادةً ولا شَرْعًا**: أمَّا عادةً، فلأنَّ **القطع في الحوادث المستقبلة لا سبيلَ إليه؛ إذْ هو غَيْبٌ عنها**. . .»، قال: «وحاصِلُ كلام الغزاليّ رَدُّ الاستدلال؛ لتضييقه في قَبوله باشتراط ما لا يُتصوَّرُ وُجودُه»[١].

والذي يَعنينا في هذا المقام اعتراضُه على شَرْط القطعيَّة؛ فابنُ المُنيِّر يَرى أنْ لا تحقُّقَ لهذا الشَّرط في الواقع؛ إذ القطعُ في الحوادث المستقبلة لا سبيلَ إليه، واشتراطُ ما لا سبيل إليه هو في الحقيقة منعٌ للمشروط. وهذا يُفضي بنا إلى أنَّ ابنَ المنيِّر لا يَشترط القطعَ لاعتبار المصالح المرسلة، إذْ لا سبيل إليه عادة. وعليه، فإنَّ الظَّنَّ في هذا المقام هو المعتبرُ، والاستمساكُ به والتَّعويلُ عليه والعملُ على مُقتضاه ممَّا ثبت في الشَّرع ثبوتا قاطعا. وغالِبُ المصالح المرسلة من قَبيل المصالح الظَّنيَّة التي غَلبَ فيها جانبُ كونها مصلحةً واقعًا، وإذا اكتُفي في تطبيق أصل الاستدلال المرسل على القَطْع لكان ذلك آيِلاً لا مَحالةَ إلى انْحِساره انحِسارًا يَقرُب إلى القول بمنع الاحتجاج به؛ وعليه فإنَّ شرط قطعيَّة تحقُّق المصلحة من الشُّروط التي لا وَجْهَ لها في مذهب مالك؛ إذْ من المعلوم من مذهبه أنه يذهبُ في الاعتماد على الظُّنون كُلَّ مذهب في استجلاب المصالح ودرء المفاسد[٢].

---

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٨٧.

(٢) انظر على سبيل المثال مَراتب العلم بالمآل عند المالكية في: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، للسنوسي ٢٦-٣١، ٣٥٠-٣٥٣.

واشتراط القطعيَّة حتَّى وإنْ كانت عاديّةً في المصالح المرسلة ممَّا يُفضي إلى غلق اعتبار باب المصالح المرسلة؛ إذ القطع في النَّوازل الحادثة من حيث وقوعُ المصلحة وأثرها وقوَّتُها من النُّدور والقلَّة بحيث لا يُناط اعتبارُ الباب به، إلَّا من جهة غلق الباب دون القولِ به.

ومن مُثُل اعتبار المالكيَّة ظنَّ المصلحة واقعًا، دون أنْ تكون محقَّقة الوُقوع يقينا-: مسألةُ تضمين الصّناع؛ فقد اعتمد المالكيَّة في تضمينهم على المصلحة المرسلة؛ إذْ لو لم يُضمَّنوا لكان في ذلك ظَنٌّ راجِحٌ في أنْ يَتعدَّى بعضُ الصُّناع على أموال النَّاس. وهذا الحكم كان تعويلا على تحقيق مصلحة حفظ أموال الناس؛ نَظَرًا إلى ظنٍّ تحقُّقها واقعًا.

وظاهرٌ أنَّ رتبة العلم بتحقُّق المصلحة يكون بالنظر العُمومي، لا بالنظر الخصوصي.

النظر في أصل المصالح المرسلة مهمة المجتهدين:

وبِناءً على الشّروط المحرَّرة في الأخذ بالمصالح المرسلة، فإنَّ مُهِمَّة النَّظر في المصالح المرسلة هي مُهمَّةُ المجتهد الراسخ في علم الشَّريعة، العالِم بمقاصِدها، البصيرِ بتصاريفها؛ ومَنْ لَمْ يَكُن من أهل الاستقراء لهذه الشَّريعة الغرّاء، فلا حَقَّ له في النّظر في المصالح المرسلة، وحَقيقٌ به أنْ يَنكفَّ عن التَّقحُّم فيما لا وُصلةَ له به؛ قال الشَّيخ محمد الخضر حسين: «رعايةُ المصالح المرسلة من أهمِّ القواعد التي تأتي بثَمَرٍ طيِّب، متى تناولها الرّاسِخُ في

عُلوم الشَّريعة، البصيرُ بتطبيق أصولها»[1].

وتتلخَّص وُجوهُ اشتراط الاجتهاد فيما كان هذا سبيلُه فيما يلي:

أوَّلا: العِلْمُ بسُكوت الشَّارع عن المصلحة هل هي مُلغاةٌ أو مَسْكوتٌ عنها أو مُعتبرةٌ بأصل خاصّ؟ لا يكون إلَّا لأهل الاجتهاد المُحيطين بأدلّة الشَّريعة، والمطَّلعين على مَداركها ومَوارِدِها.

ثانيًا: تَقدَّم أنَّ من شرط اعتبار المصلحة المرسلة قِيامَ أصلٍ كليٍّ في الشّرع شاهِدًا لها بالاعتِبار؛ وتحصيلُ الأصول الكليَّة في الشَّريعة لا تتأتَّى إلَّا لأهل الاستقراء من المجتهدين، أمَّا مَن كان غريبا عن علوم الشَّريعة، جاهِلا بتصرُّفاتها وتصاريفها، فما أبعدَه عن هذا المنصب، وما أنآه عن التَّكلم في هذا اللَّون الدَّقيق من الاجتهاد!!

ثالثا: مسلكُ المصالح المرسلة هو من أدقِّ المسالك الاجتهاديّة وأوعرِها؛ لذا تباينت آراء العلماء فيها تباينا تقدّم الإلماعُ إلى طَرف منه؛ فالاسترسال في هذا الأصل من غير بصيرة ولا تثبّت يُفضي إلى تجاوز الحدّ، وقد يَخرج بصاحبه من الاستنباط من الشَّرع إلى التّشريع رأسا، كما أنَّ الإحجام دون إعماله يَقود إلى مُزايَلَة العَدْلِ ومُفارقته؛ فلهذا كان هذا المسلكُ الاجتهاديّ بحاجة إلى رسوخ قَدَمٍ في الشَّريعة، وشُفوفِ نَظَرٍ فيها. قال ابنُ دَقيقِ العِيدِ: «... والاسترسالُ في ذلك عَظيمٌ، ويَقَع فيه مُنكراتٌ عظيمةُ الوَقْع في الدِّين، واستِرسالٌ قبيحٌ في أذى المسلمين. **ولستُ أُنْكِرُ على من اعتبَر المصالحَ**

---

(١) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٦٩.

المرسلةَ، ولكنْ يَحتاج إلى نَظَرٍ شَديدٍ، وتأمُّل سَديدٍ، وعَدم التجاوز للحدِّ المعتبر»[(١)] .

وهذا ما حَدَا بابن رشد الحفيد -بعد تردُّده في القول بالمصالح المرسلة- أنْ يُفوِّض النَّظرَ في هذا النوع من المصالح إلى العُلماء العالِمين بحِكَم الشَّريعة ومَقاصدِها، المؤتمنين فيها؛ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ : «. . . قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء. . . حتى إنَّ قوما رَأوْا أنَّ القولَ بهذا القول شَرْعٌ زائدٌ، وإعمال هذا القياس يُوهن ما في الشرع من التوقيف، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان. والتوقفُ أيضا عن اعتبار المصالح تطرقٌ للناس أنْ يَتسرَّعوا لعَدَم السَّنَن التي في ذلك الجنس إلى الظُّلم؛ **فلنُفَوِّض أمثالَ هذه المصالح إلى العلماء بحِكْمة الشرائع الفُضلاء الذين لا يُتَّهمون بالحكم بها. . .»**[(٢)]

وقد خال بعضٌ من المعاصرين أنَّ هذا الأصل سَمْحٌ مَركبُه، سَهْلٌ طريقُه؛ فأخذوا فيه أخذَ غير المتبصِّر بمعالم الشَّرع، ولا المتهدِّي به؛ فتنكَّبوا عن سويِّ المنهج، وجَنَفُوا عن واضِحِ الجَدَد؛ حتَّى رامُوا نَقْضَ أحكامِ الدِّين المشدودةِ عُراه بدَعْوى المصالح؛ وما المصالحُ وتنكُّباتُهم إلَّا كَمَا المنْجِد والمُغْوِر، **أنَّى يَلْتَقِيانِ!**

---

(١) ابن دقيق العيد، شرح الإلمام ٢/ ٢١٨. ونقله عنه الزركشي في البحر المحيط ٨/ ٨٨: «لستُ أُنكر على من اعتبر أصلَ المصالح؛ لكن الاسترسال فيها وتحقيقها يحتاج إلى نظر سديد، ربما خرَج عن الحدّ المعتبر».

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٨١-٨٢.

المطلب الخامس

مَجال العَمَل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكيِّ

الفرع الأوَّل

اختِصاصُ المصالح المرسلة بالأحكام المعلَّلة

المجالُ الخِصبُ لإعمال أصل الاستدلال المرسل هو في الأحكام التي تتأسَّسُ على المعقوليَّة التّفصيليّة، والجاريةِ على نَهْج المصالح الملائمة للنَّظر العقليّ، لذلك كانت أبوابُ المعاملات هي البابةُ التي يلِجُ منها أصلُ الاستدلال المرسل، والطَّريقُ اللَّاحِب الذي يَجْري فيه، والأرضُ الخِصبة التي يَعمَل فيها؛ ذلك أنَّ أبواب المعامَلات هي أبوابٌ مَبنيَّةٌ على العِلَل المتعقَّلة، ومَنسوجةٌ نسجًا تُعدُّ فيه المعقوليَّة والمناسبةُ الظَّاهرة لحمَتَها وسَداها.

أمَّا أبواب العبادات فهي أبواب يَندُر أو يَقِلُّ فيها وُقوعُ التَّعليل التَّفصيليِّ، الذي يَكون على أساسه إعمالُ الأصول المصلحية؛ وقد سَبَق في شُروط الأخذ بالمصالح المرسلة تَقريرُ هذه المعاني وإثباتُها في مذهب مالك؛ لكنْ يبقى هنا أنْ يُدلَّل على التَّفرقة بين أبواب المعاملات وأبواب العبادات في لَحْظ المعاني المصلحيَّة في الأولى دون الثَّانية:

ومُحصِّلُ الأدَّلة المثبتة للالتفات إلى المعاني في أبواب المعاملات دون العبادات ثلاثةُ أدلَّة:

الدَّليل الأوَّل: لقد دلَّ الاستقراءُ المفيدُ للقطع أنَّ الشَّارع قاصِدٌ في أحكام العادات والمعاملات إلى مَقاصد الخلق، بحيث تَدور أحكامُها مع تلك المصالح وُجودًا وعَدَمًا؛ فترى الأمرَ يُمنَع، فإذا عَلِقَت به مصلحةٌ راجحةٌ تُركَ المنعُ إلى الجواز، كما هو الشَّأن في الدِّرهم بالدِّرهم إلى أجَلٍ فقد مُنع في البيع، فلمَّا جرَى على المُكارَمَة في القَرْض جازَ تَحْصيلاً للمصلحة الرَّاجحة. وقد تُفقِّدت أبوابُ العبادات فلم يُوجَد هذا المعنى لائحًا فيها كما وُقِفَ عليه في العادات والمعاملات؛ فمثلا: إذا نُظِرَ إلى الطَّهارة وُجِدت تَتعدَّى محلَّ مُوجِبها، وكذلك الصَّلوات تعيَّنت فيها أفعالٌ مخصوصةٌ على هيآت مخصوصةٌ بحيثُ إنْ خَرجت عنها لم تكُن عباداتٍ؛ وذلك كلُّه لا يَدخُل في منطق التَّعقُّل التَّفصيليّ[1].

الدَّليل الثَّاني: أنَّا رأينا الشَّارعَ في أحكامه في العادات والمعاملات يَتوسَّع التَّوسُّعَ الذي ليس يَخْفى في بَيان العِلَل، وإبرازِ المناطات، وتعليق الأحكام بها؛ فدَلَّت هذه الكثرةُ من الشَّارع على أنَّه قاصدٌ في تلك الأحكام اتِّباعَ المعاني، وفيه تنبيهٌ لأهل النَّظر على اقتفاء العِلَل فيما جَرَى هذا المجرَى، وأَخَذَ في هذه السَّبيل. أمَّا العباداتُ فالأمرُ على خِلاف ذلك، في العُموم الأغلب[2].

الدَّليل الثَّالث: أنَّ الالتفاتَ إلى المعاني المصلحيَّة في العادات ممَّا كان مَعلومًا عند أهل الفترات، وقد عوَّل عليها العُقلاءُ منهم حتَّى

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٠٥، ٣٠٠.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٠٦-٣٠٧، ٣٠١-٣٠٢

استقامَت مصالحُهم، وجَرَت حياتُهم على نوع اتّساقٍ وانتظام؛ بحيث قامَت لهم حضاراتٌ مشهودة، ومدنيّات راقية؛ إلّا أنهم قصَّروا في جملة من التَّفاصيل؛ فجاءت الشَّريعة لتبلُغ بنُظم الحياة مبالغَ الكمال التي لا يُناصيها نظام، وتعرُج بها إلى معارج التَّمام. أمَّا وُجوه التَّعبدات عند أهل الفترات فقد ضَلُّوا فيها الضّلالَ البعيد، ولم تكُن العقولُ لتستقلَّ بدَرك وُجوه التَّعبد وأوْضاعه؛ بل من هذه الجهة دَخَل على كثير منهم التغييرُ للشَّرائع المتقدِّمة؛ إذْ أعملوا عُقولَهم فيما لا مَجالَ لإعْماله. ومنه عُلِمَ افتقارُ أبواب العبادات إلى التَّوقيف من الشَّارع، والوُقوف عنده، وعدم الالتفات إلى المعاني؛ بخلاف أبواب العادات المعاملات[1].

وعلى هذا النَّهج مَشَى مالكٌ وأصحابُه، وبهذا الأصل تَمَسَّكوا واعتمدوا؛ قال الشَّاطبيّ: «فالمصالِحُ المرسلةُ عند القائل بها لا تَدخُل فى التَّعبّدات البتَّةَ؛ وإنَّما هي راجعةٌ إلى حِفْظ أصل المِلَّة وحياطة أهلها في تصرُّفاتهم العادية، ولذلك تجد مالكًا، وهو المسترسلُ في القول بالمصالح المرسلة، مُشدِّدًا في العبادات أنْ لا تقع إلَّا على ما كانت عليه في الأوَّلين»[2].

وإذ استبان مجالُ توظيف أصل الاستدلال المرسل، فإنّي أُعقِبُ البحث بتجلِيَة موقع هذا الأصل في السّياسات الاستصلاحية في المذهب المالكيّ:

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٠٧، ٣٠٢. وانظر في المسألة كذلك: الموافقات ٢/ ٣٩٦.
(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٧٤-٧٥.

الفرع الثَّاني

التَّوسعةُ على الحُكَّام في الأحكام السّياسية الاستصلاحية التّعزيريّة

مِن أجْلى مَظاهِر سُلوك مَسْلَك الاستصلاح تلافي الفَسادِ الحاصِل للخَلْق، ومُعالجةُ ما يَعتري المجتمَعات من انحِرافٍ وشُرور؛ والسِّياسةُ الشّرعية التي يَرجع دليلُ اعتبارها إلى المصالح المرسلة كفيلةٌ بأنْ تكون سبيلا للتَّصدّي لهذا الفساد الحادث الذي لا نَجِد له في الشَّرع حُكْمًا منصوصا على عينه أو أصلا يُقاس عليه؛ وإنَّ طبيعةَ تبدُّل الأحوال وتغيُّر الأزمنة والأمكنة والبيئات ممَّا يَستوجب ضرورةً أنْ تكون المصالحُ وإلى جَنبها المفاسد والشّرور مُتجدِّدة، وهذا ما يلزم حيالَه اللُّجوء إلى خِطة الاستصلاح لتحصيل المصالح المستجدَّة وتلافي المفاسد المستحدَثة.

وقد قرَّر عُلماء المالكيَّة أن خطَّة الاستصلاح من أهمّ الخطط التي يُستند إليها في التَّوسعة على الحكّام في الأحكام السّياسيّة الاستصلاحيّة التّعزيريّة، وعدمِ الجمود في هذا المقام على سياسات ثابتة لا تتغيَّر، ولا تَلحظُ تغيُّر الأزمنة والأمكنة والبيئات.

وممَّا يحسن أن يُنبَّه إليه أنَّ كثيرا من السِّياسات التي رُويت لنا عن الصَّحابة رضي الله عنهم كانت سياساتٍ تحكمُها طبيعةُ الظَّرف من زمان ومكان، وطبيعةُ الوازع الذي كان في عهدهم، غيرَ أنَّ

بعض الفقهاء ممَّن جاؤوا بعد عهد الصحابة حسِبوا أنَّ هذه السِّياسات شرائعُ عامَّةٌ إلى يوم القيامة، فليس لهم أن يتصرَّفوا فيها بما يَقتضيه الظَّرفُ المكيِّف لطبيعة المصلحة، وقد نَبَّه إلى هذا الخلل ابنُ القيِّم حيثُ قال رحمه الله في سياق ذِكْره لبعض اجتهادات الصحابة المرتكزة على المصلحة:

«**والمقصودُ: أنّ هذا وأمثالَه سِياسةٌ جزئيّةٌ بحسب المصلحة، تختلف باختلاف الأزمنة، فظنّها مَنْ ظنّها شرائعَ عامّةً لازمةً للأمّة إلى يوم القيامة...**»[1].

وكثيرًا ما نَجِد المالكيَّةَ يُعلِّلون بعضَ الأحكام السّياسيّة التَّعزيريّة -وغالبها من قبيل التّشديد- بأنَّ «الزَّمان قد فسد»، وأنَّ «الحكم الذي كان في العَهْد الأوَّل إنَّما كان والناسُ أهلُ أمانة ودِيانة»، أمَّا وقد ضَعُف الوازِعُ فإنَّه من الغَلَط على الشَّريعة، ومن الظُّلم للخلق، أنْ يُترك الأمرُ من غير معالجة مُرتكزة على رعي المصلحة الشّرعيّة التي أُسِّس عليها التَّشريع. فالضَّررُ والحرجُ لاحِقٌ بالخلق إنْ لم يُستأنف النَّظرُ فيما هذا سبيلُه.

قال القَرافيّ مُقرِّرًا أصلَ التَّوسعة على الحكّام في الأحكام السّياسيّة الشّرعيّة: «**أنَّ الفساد قد كثر وانتشر، بخلاف العصر الأول**، ومُقتَضى ذلك اختلافُ الأحكام بحيث لا تخرج عن الشَّرْع بالكليَّة، لقوله ﷺ: «**لا ضَرَر ولا ضِرار**»[2] وترك هذه القوانين يؤدِّي إلى

---

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية ١٩.

(٢) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم ٢١٧١، عن =

الضَّرر، **ويُؤكِّد ذلك جميعُ النّصوص الواردة بنفي الحَرَج»**[١].

ثُمَّ إنَّ الشَّارع في أصل وَضْعه للشَّرع، كان ناظِرًا إلى اختلاف الأحوال في بناء الأحكام على أساس اختلاف المصلحة فيها. وهذا ما يُفسِّرُ الاختلافاتِ والمُبايناتِ الكثيرةَ في الشَّرع التي قد يَظُنّ مَن لم يُنعِم النَّظرَ فيها أنّها تفريقٌ بين المتماثلات؛ والأمر ليس كذلك، بل كان التَّفريقُ على أساس المصلحة المختلفة بحَسَب الظَّرف الموجِبِ له والدَّاعي إليه[٢].

ومن القواعد الشَّاهدة لأصل التَّوسعة على الحكَّام في السّياسات التّعزيريّة، قاعدةُ التَّوسعة في حال ضاقَ الأمر وبَدَا الحرجُ والمشقَّة؛ لأنَّه إذَا ضاق الأمرُ عن استصلاح الفساد إلَّا بالاتِّساع في هذه السِّياسات تُوسِّع فيها؛ وقاعدةُ التَّوسعة مَلْحوظةٌ في كلِّ أبواب الشَّريعة في حال ضاق الأمر[٣].

= يحيى المازني مرسلا. وللحديث طُرقٌ لا يَسلم واحد منها من ضعف. وقوَّى بعضُهم هذا الحديث بكثرة طرقه، منهم ابن الصلاح (جامع العلوم والحكم)، والنووي في «الأربعين»، وأقرَّه ابن رجب الحنبلي، وقال ابنُ عبد البر (التمهيد ٢٠/١٥٨): «وأما معنى هذا الحديث فصَحيحٌ في الأصول». وقد احتجَّ مالكٌ بهذا الحديث في «الموطإ» (رقم: ٢٣٣٦)، جازِمًا به. واحتجَّ به كذلك الإمامُ أحمدُ وجَزَم بنسبته للنبي ﷺ (جامع العلوم والحكم). وانظُرْ تفصيلَ طُرق الحديث عند ابن رَجب الحنبلي في (جامع العلوم والحكم)، والزَّيلعي في (نصب الراية)، والألباني في (إرواء الغليل ٨٩٥)، و(السِّلسلة الصحيحة ٢٥٠).

(١) القرافي، الذخيرة ١٠/ ٤٥، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ١٥٣.

(٢) القرافي، الذخيرة ١٠/ ٤٥، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ١٥٤.

(٣) القرافي، الذخيرة ١٠/ ٤٦، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ١٥٥.

لكن إعمال أصل الاستصلاح في السياسة الشرعية يجب أنْ يكون برَعْي المصالح الشرعية المعتبرة، وأنْ يُوكَل النظرُ فيها إلى أهل الدِّراية والعلم؛ وأنْ لا يُتعدَّى بها إلى ظُلْم الناس، أو إلى تَحْقيق مصالح خاصَّة بطائفة بعينها.

الفرع الثَّالث

أهميَّةُ أصل الاستدلال المرسل في تدبير أمور الأمَّة

إنَّ من أعظم الخطط التَّشريعية الكفيلة بخُلود الشَّريعة وصُلوحيّتها في أنْ تكون شريعة مُهَيمِنةً على الحياة، وحاكمة لها على خير نِظام وأقوم سبيل-: خطّةَ المصالح المرسلة، التي تُنير للمجتهد النّاظِرِ في أحوال الأمَّة وما ينوبها الطُّرقَ والمسالكَ المصلحيّة التي تجعل من الأمَّة أمّةً مُتمدِّنةً مُتحضِّرة، تتوخّى العدل وتنشد المصلحة التي ارتضاها الشَّارع للأمة في أحكام شرعه؛ قال ابن عاشور: «طريقُ المصالح هو أوْسَعُ طريق يَسْلُكه الفقيهُ في تدبير أُمور الأمَّة عند نَوازلها ونوائبها إذا التبست عليه المسالِكُ، وأنَّه إنْ لم يُتَّبع هذا المسلك الواضح والحجَّة البيضاء، فقد عُطِّلَ الإسلامُ عن أنْ يكون دينًا عامًّا وباقِيًا»[١].

وممَّا يُجلِّي هذا الذي قدمتُه، أنَّ القياس -بمفهومه الضّيِّق-

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٥-٣١٦.

كخطَّة تشريعيّة لا يقوم بتغطية جميع الحوادث بالأحكام، كما أنّ النّظر في هذا النوع من الاجتهاد هو نظرٌ جزئيّ؛ إذْ يَتعلّق القايسُ بتشبيه فرع بمسألة وَرَد فيها النّصُّ أو الإجماع؛ فيحتاج ذلك إلى أنْ يَرجع في كلّ مسألة حادثة إلى تقصِّي الجزئيات والنّظر فيها وتلمُّس وَجْه الشّبه. . . وهذا ما قد لا يَسمَح به الظَّرف لتسارع الأحداث في تطلُّب الحكم الشَّرعي. أمّا خطّة الاستدلال المرسل، فإنَّ المسائل الحادثة تُعرَض على أجناس المصالح التي عُهِدَ في الشّرع اعتبارُها، ثمَّ الخُلوص إلى المشابهة بين المسألة الحادثة والأجناس المصلحيّة الشّرعية؛ وهذا من اليُسر والسّرعة الذي لا يكون في القياس الأصوليّ الخاصّ(١).

على أنَّ بعض ما يَتعلَّق بالمصالح المرسلة هو ما كان من قَبيل السّياسات العامَّة المصلحيَّة، التي لا تحتمل أنْ يَذهَب بها المجتهدُ إلى التَّشبيه بجُزئيات التَّشريع، بل النَّظرُ فيها ينبغي أنْ يكون بمقايسَتها على أساس منطقِ التَّشريع في أحكامه ومنهاجِه فيه وروحِه التي تسري في كيانه؛ ففي ذلك ما يَكسِبُ الحكمَ الذي يُنتهَى إليه قُوَّةً ورَجاحةً، لإيالته إلى الأصول القطعيَّة أو القريبة من القطع.

وتأسيسًا على ما سبق؛ فإنَّ وظيفة الإمام الذي يتولّى أمرَ الأمَّة هو السَّعيُ في مصالحها جَلْبًا لها، ودفعا لِمَا يكون خارما لها؛ قال القاضي ابنُ العربيّ: «الإمامُ ناظِرٌ للمسلمين؛ فينظر فيما هو أعْوَدُ

---

(١) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٩٩-٣٠٠.

لهم بالمصلحة، وأنفعُ في الآجلة والعاجِلَة»[١]. ومِنْ حِكمةٍ شَرَط العلماءُ لمتولّي الإمامة العُظمى شرطَ الاجتهاد؛ فبذلك يُمكِنُ للإمام أنْ يكون نظرُه في مصالح الأمَّة مُتكيِّفا بقواعد الشَّرع، وسالِكًا منهاجَه. والأحكامُ التي تَستنِدُ إلى المصالح المرسلة والتي تتعلَّقُ بعُموم الأمَّة، يَنبَغي أنْ لا يَختصَّ بها الإمام؛ تَسْديدًا للاجتهاد، وتلافيًا للاستبداد؛ فيجب أنْ يُشرَك فيها المجتهدون نَظَرًا وتَقْريرًا، لا على أنَّه شرط كمال وتمام، بل على أنَّه شرطُ وجوب ولزوم.

* * *

(١) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٥٩٨، القرافي، الذخيرة ١٠/ ٤٣.

المبحث الثَّالث

المصالح المرسلة في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيتها، والاعتراضات الواردة عليها، وعلاقتها بالنصوص الشرعية وبالأصول الاجتهادية في المذهب

وتكون دراسة هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأوَّل: الأدلَّة النَّاهضة بحجّيَّة المصالح المرسلة.

المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على أصل حجيَّة المصالح المرسلة.

المطلب الثالث: علاقة المصالح المرسلة بالنصوص الشرعية، وبالأصول الاجتهادية في المذهب.

المطلب الأوَّل

الأدلَّة النَّاهضة بحجّيَّة المصالح المرسلة

أصلُ الاستصلاح يَستمِدُّ حُجيَّته من أدلَّة الشَّرع؛ فلذلك كان هذا الأصلُ أصلا من أصول الشَّريعة، قال الشَّاطبي: «المصالح المرسلة وهي من أصول الشريعة المبنيّ عليها؛ إذْ هي راجعة إلى أدلَّة الشَّرع»[١].

ومَنْ خالف في أصل حجيَّته فهو محجوجٌ بما سيأتي من أدلَّة قاطعة في المسألة؛ لذا فلا اعتدادَ بمن خالف فيها، قال ابنُ عاشور: «ولا يُخالِف في أصل اعتبارِه مُنصفٌ بعدما يَمرُّ على تصاريف الشَّريعة، وفَهْمِ أساطين حَمَلَتِها»[٢].

وهذا الذي حَمَل القاضي ابنَ العربيّ أن يقسُو في العبارة على مَن لم يعتبر المصالح المرسلة والاستحسان، وعَدَّ المُنْكِرَ لذلك إنَّما أُتِيَ من عدم فَهْم الشَّريعة؛ قال: «**ولَمْ يَفْهَم الشّريعةَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بالمصلحة، ولا رَأى تَخْصيصَ العلَّة!** وقد رامَ الجُوينيُّ رَدَّ ذلك في كتبه المتأخِّرَة، التي هي نُخْبةُ عَقيدته ونَخيلَةُ فِكْرَته، فلم يستطعه؛ وفاوَضْتُ الطُّوسِيَّ الأكبَرَ في ذلك وراجعتُه، حتَّى

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٧٤.

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/ ٢٢١.

وَقَفَ»[١].

بل لقد بَلَغ الأمرُ بابنِ عاشور أن يُلحق مَنْ قال بردِّ الاستدلال المرسَل من غير تردُّدٍ بنُفاة القياس، قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ : «ويُشبِهُ أنْ يكون المخالف في تحصيلها بدون تردّد مُلْحَقًا بنُفاة القياس...»[٢].

وجُمْلَةُ الأدلة الناهضة بحجية المصالح المرسلة تتمثَّل فيما يلي:

● **الدَّليل الأوَّل: عَمَلُ الصَّحابة وإجماعهم:**

لقد لحِقَ النَّبيُّ ﷺ بربّه والدِّينُ قد تمَّ وكَمَل، فخلف الصَّحابة الأكارم رضي الله عنهم نبيَّهم في منصب التَّوقيع عن الله، وسياسة الأمة والنَّظر في مصالحها، فقاموا بهذا المنصب حقَّ القيام، وكانوا لمن بعدهم أئمَّةً يُهتدى بهديهم، ويُستنّ بطريقتهم في الاجتهاد السِّياسي والنَّظر المصلحيّ.

والنَّاظر في عهد الصحابة يجد بأن هنالك تحديات واجهوها، من أبرزها:

وفاةُ النبي ﷺ، وكان مصدرا للأحكام؛ واتّساعُ الرّقعة الإسلاميَّة اتّساعا لم يكُن في عهده ﷺ، ممَّا استدعى نظرًا جديدا في طريقة إدارة الدَّولة بحيث تُحفظُ مصلحة الأمَّة في أيّ موقع كانت. وكان من نتاج الأمر السَّابق، أنَّ أمما وشُعوبا دخلت تحت مِظلَّة الإسلام وحُكمه، ولهذه الشعوب حضارتُها ومدنيَّتُها وثقافتها

(١) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٩.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١١.

وعاداتُها؛ ممَّا استدعى بعضَ المعالجات السِّياسيَّة والنَّظر المصلحيّ في كثير من النَّواحي والمجالات.

وإنَّ المتصفِّح لسياسات الصحابة وبخاصَّة الخلفاء الراشدين، ليعجب من هذا التَّوسع في الأخذ بالمصالح والاستناد إليها دون تهيُّب ولا تلكُّؤ، مع المحافظة على قصد الشَّارع في الأحكام، بل إنَّ الصَّحابة قد أخذوا بمصالح وسلكوا سياسات لم يكن ليأخُذ بها الفُقهاء بعدهم.

والصَّحابة ﷺ بحكم مُعايشتهم للتَّنزيل ومجالستهم لنبيِّ الإسلام ﷺ، وإشراكه ﷺ لهم في التَّطبيق، ومُشاورتِهم في القضايا الخاضعة للسِّياسة والمصلحة، كلُّ ذلك كان عونًا لهم وسَنَدًا في تلك الاجتهادات المصلحيَّة التي سنُّوها.

وخيرُ مَن اقتُدِيَ به بعد النَّبيِّ ﷺ هم الصَّحابة ﷺ، فهُمْ أكملُ الأمَّة رَأيا، وأسدُّهم نَظَرًا، وأفهمُهم لدين الله.

قال الأبياريُّ محتجًّا للمصالح المرسلة: «إذا نَظَرَ المُنصفُ في أقضية الصَّحابة ﷺ، تبيَّن له أنَّهم كانوا يَتعلَّقون بالمصالح في وُجوه الرَّأي، ما لم يَدُلّ الدّليلُ على إلغاء تلك المصلحة... وهو أمرٌ مقطوعٌ به عن الصَّحابة»[١].

وعلى نهج الأبياري في الاستدلال قال القَرافي: «... أنَّهم ﷺ حدَّدوا أمورا بالمصالح المرسلة وأجمعوا عليها، منها:... وأمورٌ كثيرة لا تُعدُّ ولا تُحصى، لم يكُن في زمن

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٠.

النَّبيِّ ﷺ شيءٌ منها؛ بل اعتمد الصَّحابة فيها على المصالح مُطلقا، سواء تقدَّم لها نظير أم لا. وهذا يُفيد القطعَ باعتبار المصالح المرسلة مُطلقا؛ كانت في مواطن الضَّرورات، أو الحاجات، أو التَّتمّات»(١).

بل إنَّ غالب ما وقع من إجماع في عهد الصَّحابة ﷺ كان مستنده المصالح المُرسلة، حاشا المعلوم من الدِّين ضرورة؛ وفي هذا يقول الشَّيخ ابن عاشور: «ونحنُ إذا افتقَدْنا إجماعَ سَلَف الأمَّة من عصر الصَّحابة ومن تبعهم، نجِدُهم ما اعتمدوا في أكثر إجماعهم - فيما عدا المعلوم من الدّين بالضَّرورة - إلَّا الاستناد إلى المصالح المرسلة العامَّة أو الغالبة، بحسب اجتهادهم الذي صيَّر تواطُؤهم عليه أدلَّة ظنيَّة قريبة من القطع؛ وقلَّما كان مُستندُهم في إجماعهم دليلا من كتاب أو سنَّة. ولأجل ذلك عُدَّ الإجماعُ دَليلاً ثالثا، لأنَّه لا يُدْرَى مُستندُه، ولو انحصر مُستندُه في دليل الكتاب والسُّنَّة لكان مُلْحَقًا بالكتاب والسنة، ولم يكن قَسيما لهما»(٢)

ومن القضايا التي كان مرجعَ الحجة فيها لدى الصَّحابة ﷺ أصلُ الاستدلال المرسل:

---

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧١-٤٢٧٢، ابن فرحون، التبصرة ٢/ ١٥٣-١٥٤، وقرر المعنى نفسه الرازي في: المحصول ٦/ ٢٢٥، والشاطبي في الاعتصام: ١/ ٣٠٨-٣٠٩.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٢.

١- جمع المصحف في عهد أبي بكر وفي عهد عثمان رضي الله عنهما[(١)]:

ففِعْلُ الصَّحابة هذا كان سياسة منهم، مُستندين في ذلك إلى المصالح المرسلة، فلم يَسبِق لصُنعهم الذي أقدموا عليه فعلٌ منه ﷺ ولا أمرٌ منه لهم بفِعله والإقدام عليه؛ قال القرافيّ: «ولم يَتقدَّم فيه أمرٌ ولا نظير»[(٢)]، وعدمُ الأمر وانتفاءُ الأسبقيَّة في عهده ﷺ لم يكُن حاجزا للصَّحابة رضي الله عنهم دون الإقدام على ما صنعوا؛ ذلك أنَّ الموجِب الذي استندوا إليه والمقتَضي الذي اعتمدوا عليه في جمع القرآن لم يكُن في عهد النَّبيِّ ﷺ؛ فرأوا أنَّ من مصلحة الدِّين حفظا له أن يجمعوا القرآن في مُصحف جامِعٍ لِمَا وقَع من كثرة القتل بالقُرَّاء الذين جمعوا القرآن حِفظا، فخُشِيَ إنْ تَركوا الأمر من غير عَقْل وإبرام، أنْ ينِدَّ الأمرُ عن الإصلاح؛ قال الشَّاطبيّ: «ولم يرِد نصٌّ عن النّبيِّ ﷺ بما صنَعوا من ذلك، ولكنَّهم رأوْه **مصلحةً تُناسِب تصرُّفاتِ الشَّرْع قطعًا؛ فإنَّ ذلك راجعٌ إلى حفظ الشَّريعة**، والأمرُ بحفظها معلومٌ، وإلى منع الذَّريعة للاختلاف في أصلها، الذي هو القرآن، وقد عُلِم النَّهيُ عن الاختلاف في ذلك بما لا مَزيدَ عليه»[(٣)].

---

(١) القرافي، شرح التنقيح ٤٤٦، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧١، ابن فرحون، التبصرة ٢/ ١٥٤، الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٤١-٣٤٢، الاعتصام ١/ ٤٥، ١/ ٣١١، ٢/ ١١٧، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٢١، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٢-٣١٣، أبو زهرة، مالك ٣١٨.

(٢) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، ابن فرحون، التبصرة ٢/ ١٥٣-١٥٤.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ١٦.

فأساسُ ما اعتمده الصَّحابة رضي الله عنهم في الأمر الذي فَعَلوه هو المصلحةُ المرسلة؛ وقد عبَّر عنها كلٌّ من عمرَ بنِ الخطَّاب وأبي بكر الصديق رضي الله عنهما بقولهما: «**هو والله خير**»[(١)].

قال ابنُ عاشور: «فقول عُمَر: «هو والله خير» ثمَّ انشراح صَدْر أبي بكر، نَعلَم منه أنَّه من المصالح؛ لأنَّ الخير مُرادٌ به الصَّلاحُ للأمَّة. وقولُ أبي بكر وزيد بن ثابت: «لم يفعله رسول الله ﷺ» نعلم منه أنَّه مصلحةٌ مُرسلةٌ ليس في الشَّريعة ما يَشهَد لاعتبارها، وقد أجمع الصَّحابة على اعتبار ذلك»[(٢)].

فإذا ثَبَتَ أنْ لا دليلَ للصَّحابة في القَول بجمع القرآن إلا المصالحُ المرسلة، ثَبَتَ بذلك أصلُ المصالح المرسلة بإطلاق؛ لأنَّه إذا ثَبَتَ جُزْئيٌّ واحدٌ في المصالح المرسلة -وسَلَّم به المعترِضُ- ثَبَتَ به مُطلَقُ المصالح المرسلة؛ إذْ لا يَستقيم البتَّةَ الإقرارُ به دليلا في مسألة ثمَّ يُعترَض عليه أصلا؛ وفي هذا يقول الشَّاطبي: «وإذا ثبت جزئيٌّ في المصالح المرسلة ثَبتَ مُطلقُ المصالح المرسلة»[(٣)].

٢- اقتصار الجمع في عَهْد عُثمانَ رضي الله عنه على حَرْفٍ واحِدٍ من الحروف السَّبعة[(٤)]:

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٢-٣١٣، وانظر الموافقات ٢/ ٣٤١-٣٤٢.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ١/ ٤٥، ٣١١.

(٤) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، ابن فرحون، التبصرة ٢/ ١٥٣،

ومِن أجْلى وأعْظَم السِّياساتِ الشَّرعية التي ناء بها الخليفةُ الرَّاشد عثمانُ رضي الله عنه، جمعُ النَّاس على حَرْفٍ واحِدٍ، وكتابتُه المصاحف للأمصار لتكون إمامًا لهم، ثمَّ تحريقُه المصاحفَ ممَّا في أيدي النَّاس. والسَّببُ الدَّاعي لعثمانَ رضي الله عنه لما صنعه هو ما وقع من اختلاف بين أفراد الأمَّة، وقد اتَّسعت الرُّقعة الإسلاميَّة وانضوى تحت لواء هذا الدِّين شُعوبٌ وأجناس، فلم يَستوعِبُوا هذا الاختلافَ في الأحْرُف التي نَـزلَ القرآنُ بها، بل كان ذلك سببًا لفتنة بعضهم؛ فكان الرَّأيُ المصلحيُّ الحازِمُ من عثمانَ رضي الله عنه بمشورة من كبار الصَّحابة الاقتصارَ على حَرْف واحد، وحمل النَّاس عليه؛ وهذا حَسْمًا لمادَّة الاختلاف في القرآن، المؤدِّي إلى الاختلاف في الدِّين نفسِه[١].

٣- **وتَرْكُ عُمَرَ** رضي الله عنه قسمة المغانم من أرض سواد العراق؛ لتكون عدَّة لنوائب المسلمين إذا قَلَّت الفتوح[٢]. فنرى من هذا الاجتهاد الفريد من عمرَ بنِ الخطَّاب رضي الله عنه عدم قَسمه الأرضَ المفتوحة عَنوةً على الفاتحين، وإنَّما تركها أرضَ خَراجٍ. وهذا الفعلُ المصلحيُّ من عمرَ رضي الله عنه كان على أساسٍ من **المصلحة العامَّة** التي يجب أنْ تُراعَى في الاجتهاد، فرَأى هو وبعضُ جِلَّة الصحابة رضي الله عنهم أنَّ الدَّولة اتَّسعت رُقعتها وامتدَّ بَسيطُها، والدُّولُ المجاورة للدَّولة الإسلاميَّة تتربَّص الفرصة بالدَّولة الفتيَّة، وترقُّب

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية ١٩، إعلام الموقعين ٤/ ٢٨٣.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٣.

منها ضَعفا مُواتيا، ولم تكُن الإيراداتُ التَّقليديَّةُ لتفي باحتياجات الدَّولة وحِفْظ أمنِها؛ فكان الرَّأيُ الحكيمُ أنْ تُترك أرضُ السَّواد بيد أهلها الأصليِّين على أن يُفرَض عليهم الخراجُ الذي يُستعان به في تلبية احتياجاتِ الخلافة الإسلاميَّة.

ولا يُقال: إنَّ هذا الاجتهاد من عُمَرَ ﷺ قد خالفه فيه بعضُ الصَّحابة، فلا يَستقيم أنْ يُدخَلَ ضمن إجماع الصَّحابة على الاستناد إلى المصالح المرسلة. لأنه يُجاب عن ذلك: بأنَّ الإجماعَ حاصلٌ لا بخُصوص هذه الواقعة الواحدة، وإنَّما الإجماعُ في القَدْر المُشتَرَك بين كلِّ هذه الوقائع والاجتهادات، التي نَقطع معها أنَّ الصَّحابة رضي الله عنهم كانوا يَرْجِعون إلى هذا الأصل في الاستدلال إنْ أعوَزَهم الدَّليلُ السَّمعيُّ.

٤-تضمين الصُّنّاع:

قَضَى بعضُ الخلفاء الرَّاشِدين رضي الله عنهم بتَضْمين الصُّنَّاع؛ ووَجْهُ المصلحة في تَضْمينهم: أنَّ النَّاسَ لا استغناء لهم عن الصُّنَّاع، ولهم بهم حاجةٌ ماسَّةٌ، وهم يَغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التَّفريط وترك الحفظ، فلو لم يُحْكَم بتضمينهم مع الحاجة الملحَّة إليهم، لأدَّى ذلك إلى أحد أمرين:

إمَّا ترك الاستصناع جملة؛ وهذا ممَّا يشقّ على الخلق ويوقعهم في الحرج والعَنَت؛ والشَّرعُ قَصدَ في أحكامه إلى رفع الحرج عنهم، ودفع المشقَّة الواقعة أو المتوقَّعة بهم.

وإمَّا أن يَعملوا ولا يضمنوا ذلك إن ادَّعوا الهلاكَ أو الضَّياعَ،

فتضيع أموال الناس، ويكون ذلك سببًا إلى تطريق الصّناع على الخيانة وعدم التَّحرُّز؛ لا سيَّما مع فَساد الزَّمان، وقلَّة الدِّيانة والأمانة. وعليه، كانت المصلحة أنْ يُضمَّنوا حِفْظًا للمصلحة العامَّة، وتقديمًا لها على المصلحة الخاصَّة[١].

وهذا المعنى هو الذي رَمَى إليه عليٌّ ﷺ فيما رُوِيَ عنه: «لا يُصلحُ النَّاسَ إلَّا ذلك»[٢].

٥- الاشتراك في القتل:

ذَهَب عُمَرُ بن الخطَّاب[٣] وجلّةٌ من الصَّحابة رضي الله عنهم إلى إنفاذ القصاص على الجماعة المشتركة في قتل الواحد، وهذا منهم اعتمادا على المصلحة المرسلة؛ إذْ لا نصَّ في عين المسألة وخُصوصها، وليس لهذه المسألة أصلٌ مُعيَّنٌ يُقاس عليه؛ فلا يُقال إنَّ أصله قَتْلُ المنفرد؛ إذْ إنَّه قاتل حقيقة، والمشترك ليس بقاتل حقيقةً؛ غيرَ أنَّ المصلحة الكليَّة القاضية بحفظ الدِّماء المعصومة وحقنها، تقضي بوُجوبَ القصاص على المشترِكين؛ إذْ لو لم يجب القِصاصُ لأدَّى ذلك إلى انخرام هذا الكُليِّ، وذلك بأن يتذرَّع النَّاس بالاشتراك في القتل لتلافي القِصاص عنهم لعلمهم بارتفاعه، وهذا أعظمُ خَرْقٍ وخرم لهذا الكُليِّ؛ فاقتضت المصلحة الكليَّة في

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٤٣٠، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣، الشاطبي، الاعتصام ٣/ ١٩-٢٠، أبو زهرة، مالك ٣١٩.

(٢) ابن أبي شيبة، المصنف رقم: ٢١٠٥١، ٤/ ٣٦٠. وفي صحته نظر.

(٣) مالك، الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر، رقم: ١٥٦١، سحنون، المدونة ٤/ ٥٥٤

حفظ الأنفس وُجوبَ القصاص على المشتركين في قتل الواحد؛ وهذا عينُ القول بالمصلحة المرسلة[١].

ومن ذلك -على وجه الاختصار-: تدوينُ ديوان العطاء[٢]، وترك عُمَرَ ﵁ الخلافة شورى بين ستة، وولاية العهد من أبي بكر لعمر رضي الله عنهما، ولم يَتقدَّم فيهما أمر ولا نظير، واتِّخاذ السِّجن وغير ذلك مما فَعَله عمر ﵁، وهَدْم الأوقاف التي بإزاء مسجد رسول الله ﷺ والتوسعة بها في المسجد عند ضِيقه[٣].

إلى غير ذلك من النَّماذج الاجتهادية التي كان أساس الاعتماد فيها على المصلحة المرسلة التي يَشهد لها بالاعتبار الأصولُ الكليةُ في الشَّريعة.

الدَّليل الثاني: أصلُ القول بالعموم المعنويّ:

مِن أعظم المسالك وأجلّها في تقرير الأدلَّة الشَّرعية والاستدلال لحجيَّتها، اقتناصُ ذلك من تصاريف الشَّريعة وتصرُّفاتها المبثوثة في جميع الأبواب؛ بحيث يحصل من الاستقراء للجزئيّات والتَّتبُّع لها أنَّ الشَّريعة تجري على منطق في التَّشريع ومنهج في السَّنَن، يُعلم

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٤٠-٤١، ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٨٠٢، سحنون، المدونة ٥/ ٥٥٤.

(٢) العلوي، نشر البنود ٢/ ١٢٢، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٣، ابن فرحون، التبصرة ٢/ ١٥٣، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٤.

(٣) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧١-٤٢٧٢، ابن فرحون، التبصرة ٢/ ١٥٣، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٢١-١٢٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٤.

ذلك لا بدليل واحد مُنفرد، وإنَّما يؤخذ من مجموع أدلَّة مُتكاثرة تلتقي في قدر مُشترك يكون مناطَ الحكم في السَّنَن والتَّشريع؛ فيُعتمد هذا الأصلُ الكليُّ المستنبط من تفاريعِ الشَّريعة دليلا عامًّا يُستند إليه في بناء الأحكام.

وأصل الاستدلال المرسل مأخوذ من هذا المسلك في إثبات الأدلَّة وتقريرها؛ إذ إنَّ استقراء المناسبات المصلحيّة يُفيد أنَّ الشّارع يَقصد إلى تحقيق مصالح معيَّنة؛ فيحصل من هذا الاستقراء القطعُ بأصول مصلحية كليَّة مأخوذة من جزئيَّات مُتناثرة في التَّشريع؛ فإذا عُرض على المجتهد -الذي ارتكزت في ملكته الاجتهاديّة تلك الأصولُ المصلحية الكليَّة- نازلةٌ لا نصّ فيها فيعتمدَ عليه، ولا وجود لأصل معين فيردَّ إليه النازلةَ قِياسًا؛ فإنَّه يعرض تلك المسألة على الكليّات القارَّة في ملكته، فيجدها جارية على أصل من تلك الأصول، وأن المنطق التّشريعي الإسلاميّ يشهد لها بأنَّها من جنس المصالح التي شَرَعها الشّارع في أحكامه، فلا يكاد هذا المجتهد أن يتردّد في إلحاق هذه المصلحة بتلك المصالح التي انتظمها الأصلُ الكلي، وكانت كلّ المصالح التي هي منتظمة فيه شاهدةً بالاعتبار لهذه المصلحة التي سكت الشّرع عن اعتبارها عينا بنصٍّ أو بأصل.

فلا ضيرَ في أنْ لم يكُن لهذه المسألة دليل أو أصل معيَّن، ما دام قد شهد لها أصلٌ كليٌّ في الشرع بالاعتبار؛ وحكم هذا الأصل الكليّ حكمُ العموم اللفظيّ في دلالته على الأفراد؛ فكما أنَّ

العموم اللفظيَّ حجةٌ في الدلالة على الأفراد الدّاخلة فيه، فإنَّ الأصل الكلي هو بمثابة عموم معنويّ يدلُّ على الأفراد المنضوية تحته. وشبيهٌ بالعموم المعنوي المتواترُ المعنوي؛ فإنَّ التواتر فيه لم يكُن بالتَّنصيص عليه، وإنَّما جاء ذلك بانضمام كثير من الجزئيّات والوقائع التي أفادت معنى مشتركا، وإن اختلفت الصور والوقائع كجود حاتم طيء وشجاعة علي رضي الله عنه(١).

فمثلا لو فرضنا عدم وجود صيغة عامَّة على رفع الحرج، فإنَّا نعلم كونه أصلا شرعيًّا لا بدليل واحد، وإنَّما بأدلَّة فوق الحصر والعدّ؛ فالمتتبّع لأحكام الشَّارع الحكيم يجد مراعاته لهذا المعنى في كثير من الأحكام، فمثلا الرُّخص كلُّها تلِجُ من بابة رفع الحرج والمشقة، فيعدّ أصل رفع الحرج من قبيل العُموم المعنويِّ الذي يَصير حجَّة في دلالته على أفراده(٢).

الدَّليل على اعتبار العمومات المعنوية:

وإذا ثبت هذا؛ فإنَّ الذي شَهِد بحُجية العمومات المعنوية جملة أدلَّة:

أحدها: أنَّ الاستقراء هكذا جريانُه، فهو تتبّع جزئيات معنى معيَّن ليُستخلص من هذا الاستقراء كُليّ عامٌّ يتضمَّن حكما عامًّا؛ فإذا ثبت هذا الكليّ أُجري حكمُه على كلِّ فرد ينضوي تحته؛ وهذا

---

(١) الشاطبي، الموافقات ١/٣٩-٤٠. وانظر تقرير الشاطبي للعموم المعنوي في الموافقات ٣/٣٠٦-٣٠٧.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/٣٠٦-٣٠٧.

هو معنى العموم[١].

الثَّاني: مفهومُ التَّواتر المعنوي يجري على هذا الأصل؛ فإنَّ التواتر فيه لم يكن بالتنصيص عليه، وإنَّما جاء ذلك بانضمام كثير من الجزئيّات والوقائع التي أفادت معنى مشتركا وإن اختلفت الصّور والوقائع، كجود حاتم طيء وشجاعة علي رضي الله عنه، فإنَّ الجود والشجاعة ثَبَتَا عندنا بالإطلاق دون تقييد، وعلى العموم من دون تخصيص، ولم يُنقل إلينا الحكمُ بهما على حاتم وعلي رضي الله عنه نصًّا؛ وإنَّما رُويت لنا رواياتٌ وحوادثُ كان القدر المشترك فيها يفيد معنى الجود والشجاعة؛ وهكذا هو العموم المعنوي[٢].

الثَّالث: أصلُ الذَّرائع كان العَمَلُ به من قِبَل السَّلَف على هذا الأصل؛ لأن المنصوص فيه أمور خاصَّةٌ[٣]؛ كما سيأتي بيانه في بحث سد الذرائع.

الدَّليل الثَّالث: إذا كان القياس حجَّة فإنَّ المصالح المرسلة أوْلى بالحجيَّة:

لقد استند بعضُ العُلماء القائلين بالاستصلاح بدليل أنَّ الأخذ بالمصالح المرسلة أوْلى من الأخذ بالقياس الأصوليّ، خاصَّةً القياس المستند على عِلَّةٍ مُستنبطةٍ؛ إذْ مُحصِّل القياس: إلحاقُ جُزْئيّ لا نَصَّ على حُكْمه بجُزئيّ آخَرَ جاء في الشَّرع التنصيصُ على

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٢٩٨.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٢٩٨-٢٩٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٠٠.

حُكمه لعِلَّةٍ جامعةٍ بينهما؛ أمَّا الأخذُ بالمصالح المرسلة فهو إدراجُ مصلحة لا نصَّ على اعتبارها في الشَّرع تحت أصْلٍ كليٍّ قطعيٍّ أو قريب من القطع، وهذا لدخول هذه المصلحة تحت جنس المصلحة التي دلَّ عليها الأصلُ الكليُّ؛ إذًا فليس إلحاقُ الجزئيّ بالجزئيّ بأوْلى من إلحاق الجزئيّ بالأصل القطعي أو القريب منه؛ قال ابن عاشور: «ولا يَنبَغي التردُّدُ في صِحَّة الاستناد إليها، لأنَّنا إذا كنّا نقول بحجيَّة القياس الذي هو إلحاقُ جُزئيٍّ حادِثٍ لا يُعرف له حُكْمٌ في الشّرع بجُزئيٍّ ثابت حكمُه في الشَّريعة للمماثلة بينهما في العلَّة المستنبطة-: فلأنْ نقول بحُجيَّة قياس مصلحة كليَّة حادثة في الأمَّة لا يُعرف لها حكم على كلية ثابتٍ اعتبارُها في الشَّريعة باستقراء أدلة الشريعة الذي هو قطعي أو ظني قريب من القطعي، أوْلى بنا وأجدرُ بالقياس وأدخلُ في الاحتجاج الشَّرعي»[١].

وإبراز وَجْه الأولويَّة يكون كما يلي:

يعرِضُ للقياس في طريق إجرائه ثلاثة احتمالات[٢]:

أوّلا: يَدخُل الاحتمالُ الأوّلُ في الأدلّة التي ثبتت به أصولُ الأقيسة؛ إذْ لا بُدَّ للأصل المقيس عليه أنْ يدلَّ عليه دليل؛ وغالبُ الأدلَّة المثبتة لأصول الأقيسة أدلَّةٌ ظنيَّةٌ لا قطع فيها.

ثانيا: يَدْخُل الاحتمالُ الثَّاني في تعيين الأوصاف التي يكون على أساسها إلحاقُ الفَرْع بالأصل، فعَمليَّة الوُقوف على هذه العِلَل

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٠٩.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٠.

ممَّا يَعتَريه الزَّللُ والغَلَط؛ لذلك نَجِد العلماءَ كثيرًا ما يختلفون في عِلَل الأحكام، كعِلَّة تحريم الرِّبا.

ثالثا: كذلك فإنَّ الاحتمال يَدخل عمليَّةَ القياس في إجْراء المشابهة بين الفَرْع وأصلِه في العلَّة التي بُنيَ الحكمُ عليها، أي إنَّه قد يَجْري الزَّللُ في تحقيق مَناط الحكم في الفَرْع.

أمَّا إذا رَجعنا إلى المصالح المرسلة، فلا نَجِد هذه الاحتملاتِ بهذه الصِّفة التي بُيِّنَت في القياس:

أوَّلا: الأصولُ الشَّرعيةُ الكليَّةُ التي تَستنِد إليها المصالحُ المرسلة هي أصولٌ قَطعيَّةٌ أو قَريبةٌ من القطع؛ لأنَّ دليل هذه الأصول هو استقراءُ الشَّريعة في مُناسباتها المصلحيَّة؛ والعلمُ المستفادُ من هذا النَّوع من الاستقراء هو القطعُ أو الظَّنُّ الذي يُناصيه ويُقاربُه ويُدانيه[١].

ثانيا: المصالحُ «واضحةٌ للناظر فيها وُضوحًا مُتفاوتا؛ لكنَّه غير مُحتاج إلى استنباطٍ ولا إلى سُلوك مَسالِكِه»[٢].

ثالثا: كما أنَّ «أوصافَ الحكمة قائمةٌ بذواتها، غيرُ محتاجة إلى تشبيهِ فرع بأصل»[٣].

فإذا تقرَّر أنَّ القياس يَدخُل عليه صُنوفٌ من الاحتمالات، وكان مع ذلك حُجَّةً-: فأوْلى أنْ يكون الاستدلالُ المرسل حجَّةً، لقلَّة

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٠.
(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١١.
(٣) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٠-٣١١.

الاحتمال المتطرّق إليه مُقارنةً بالقياس.

وعليه، فمَنْ أثبتَ القياسَ، وهم جُمهورُ الأمَّة، لزِمَ عليه أنْ يُثبت المصالحَ المرسلة؛ إذْ مَنْ نَفاها على الإطلاق فهو قَريبٌ من نفاة القِياس؛ قال الشيخ الطاهر بن عاشور: «ويُشبِهُ أنْ يكون المخالِفُ في تَحْصيلِها بدون تردُّدٍ مُلْحَقًا بنُفاة القِياس...»[(١)].

ومِمَّن أشار إلى قُوَّة المصلحة قيِّمُ المذهب القاضي ابنُ العربي المَعافِري، قال: «والمصحلة من أقوى أنواع القياس»[(٢)].

على أنَّ بعض الأقيسة في الشرع قد تكون في كثير من الأحيان أقيسةً أقْوى في العبرة من بعض المصالح المرسلة. وهذا يَختلف من قياسٍ إلى قياسٍ ومن مَصلحةٍ إلى مصلحةٍ، فالقياسُ المنصوصُ على عِلَّته هو من أقْوى الأدِلَّة، إذْ هو في الحقيقة امتِدادٌ طَبيعيٌّ للنصِّ الشَّرْعيِّ. كذلك فإنَّ بعضَ المصالح المرسلة، قد تكون أقلَّ قُوَّةً كُلَّما كانت أدلَّة مُعارِضةٌ في المقابلة لها، وكلَّما كانت الأركانُ المؤسسة للاستصلاح يَعتَريها الضعفُ، أثَّر ذلك في قُوَّة الحكم المؤسَّس على هذا الأصل، فمثلا الأصولُ الكلية، قد يختلف الناس في ضَبْط بعضها. كذلك، فإنَّ تَحقُّق بعض شرائط الاستصلاح أمرُه اجتِهاديٌّ، كعموم المصلحة، وكتصنيف المصلحة إلى ضرورية وحاجية وتحيسنية، وهذا ما يُؤثِّر في درجة الحكم

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١١.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٠٢. ونقله عنه: الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٦١.

المؤسَّس على الاستصلاح.

ومما ينبه إليه: النظرُ في طُرُق تَحْصيل الأصل الكُلِّيِّ، فالاستصلاحُ يُعتدُّ به إنْ تعيَّن ذلك طَريقًا لتَحْصيل ذلك الصَّلاح. أمَّا لوْ كان الصَّلاحُ مَحفوظًا بطُرُقٍ شَرعيَّةٍ مَنصوصٍ عليها في الشَّرْع، أو يَشْهَد لها أصلٌ مُعيَّنٌ، فاللُّجوء حينها إلى مُقتَضى تلك الأدلة لازِمٌ.

المطلب الثاني

الاعتراضاتُ الواردةُ على أصل حجيَّة المصالح المرسلة

أقولُ بَدْءًا: إنَّ غالب الاعتِراضات على أصل الاستدلال المرسل كانت مبنيَّةً على تصوُّر خَطَإٍ له؛ فظنَّ مَن اعترض على المالكيَّة أنّ المصالح المرسلة يُرجع فيها إلى مُطلق ما يَحكم به العقلُ الإنسانيّ دون أنْ يكون للشَّرع في هذا النَّوع من الأدلَّة صِلَةٌ أو علاقة. والأمرُ على خلاف ذلك، فقد تقدَّم في غير موضع اشتراطُ جَرَيان المصالح على وَفق المصالح المعتبرة في الشَّرع؛ ولله دَرُّ القرافيّ حيث يقول بعد أنْ أبان أنَّ كلام المعترِضين واقعٌ على غير موضعِ نِزاعٍ: «**ومالكٌ إنَّما يَعتبرُ النَّظرَ مِنَ المتكيِّف بقواعِد الشَّرع، حتَّى يكون ظنُّه ونظرُه ينفرُ عن مُخالفتها، ويَميلُ لموافقتها**. فهذا فَرْقٌ عظيمٌ، وجَوابٌ سادٌّ لا مَدفَعَ له، **بل هو دافعٌ للتَّشنيع بالكليَّة**»[١].

ومع هذا، فإنّي في هذا المقام أُورِدُ بعضَ الاعتِراضاتِ على المالكيَّة، وهذا ما يَزيدُ الأصلَ وُضوحًا وبَيانًا؛ والحقائقُ تتبرَّجُ لصاحبها كلَّما كثُرت الاعتراضاتُ عليها، وحَوَّمت الاستفساراتُ حَوْلها؛ لأنَّ مع الاعتراض الدَّفْعَ والنَّقْض، ومع الاستفسار البيانَ

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٨.

والفَسْرَ؛ وكم من باب عِلْم فُتِحَ لشُبْهة أُثيرت، وسُؤالٍ عَرَض.
وجملةُ هذه الاعتراضات تَتَلَخَّص في الأُمور الآتية:

الاعتراض الأوَّل: لا دَليلَ على حُجية هذا الأصل:

مُلخَّصُ هذا الاعتراض: أنَّ الأدلَّة هي: الكتاب والسّنة، والإجماعُ ملحق بهما، والقياسُ ممَّا اتُّفِق عليه ممن يُعتدُّ به؛ وعلى هذا فأدلَّةُ الشَّرْع المتقدّمةُ ممّا ثبت الدليل الشرعي على قَبولها؛ فمن ادَّعى وجودَ أصل آخرَ أُلزم بالدَّليل الذي يَشْهَد له بالاعتبار؛ إذ عدمُ الدَّليل هو الدليل على عَدَم الحجيَّة؛ إذ الحجيةُ مُفتقِرَةٌ إلى الدَّليل[1].

ويُردُّ على هذا الاعتراض بما تقدَّم بَسطُه من الأدلَّة النّاهضة بحُجِّية الاستدلال المرسل، من إجماع الصّحابة على الاعتماد عليه في وَقائع كثيرةٍ فَرَطَت الإشارةُ إليها؛ وكذا ما تقدَّم تأصيلُه في العموم المعنويّ، وكذلك فإنَّ القول بالاستصلاح أوْلى وأجْدرُ من القول ببعض الأقيسة؛ فهذه هي الأدلَّةُ النَّاهضةُ باعتبار الاستدلال المرسل؛ فلا عبرةَ بهذا الاعتراض.

الاعتراض الثَّاني: القول بالمصالح المرسلة يُخرجنا عن الضَّبط، والشَّرْعُ يأبى ذلك:

واعتَرَضَ الباقِلانيُّ بما مُحصِّلُه: أنَّ الأخْذَ بمُطلَق المصلحة والاسترسال فيها مُوقِعٌ في عدم الضّبط، ومُوجبٌ لاتّساع الأمر المقتضي للتَّفلُّت؛ إذ المصالح ووُجوهُها مُنتشِرةٌ لا حَصْرَ لها،

(١) الجويني، البرهان فقرة ١١٣٢، ابن السمعاني، قواطع الأدلة ٢/ ٢٥٩.

فيصير الأمرُ مَوْكولا إلى نَظَر أرباب العُقول، ويَخرُج الأمر عنْ أنْ يكون من اجتهاد أهل الشَّرع، وهذا يُفضي إلى تبديدِ أحكام الشرع وترك الناسِ لآرائهم؛ ومعلومٌ على القطع أنَّ ذلك باطل، فبَطَلَ ما كان مُوصِلاً له، وسببا مُفْضِيًا إليه[1].

وردُّ هذا الاعتراض هيِّنٌ لا كُلفةَ في دَفْعه؛ إذْ إنَّ الاعتِراض هذا لازمٌ لمن يَتمسَّك بمُطلَق المصلحة، أمَّا المالكيَّةُ فيَرجِعون إلى المصلحة التي يَشهد لها قانونُ الشَّرع؛ وقانونُ الشَّرع أو أصولُ الشَّرع الكليَّةُ هي التي تكفل الضَّبطَ وعدمَ التَّفلت عن رُسوم الشَّرْع وحُدوده؛ فبذلك يَنتفي المحذورُ الذي خَشِيَه القاضي أبو بكر بنُ الطَّيِّب. أمَّا رجوعُ الأمر إلى أنْ يَصير الحكمُ في أمثال هذه النَّوازل إلى عُقول العُقلاء؛ فسيأتي ردُّه في الاعتراض الموالي؛ إنْ شاء الله.

الاعتِراض الثَّالث: القولُ بالمصالح المرسلة يُفْضي إلى أنْ يَتكلَّم غيرُ المجتهدين من أهل العقول في دين الله؛ وذلك من الباطل:

القولُ بالاستدلال المرسل يُفضي إلى أنْ يُقحَم غيرُ علماء الشَّرع في التَّكلُّم في دين الله؛ إذ القولُ بمُطلَق المصلحة يُوجِب أن يكون لأرباب العقول الراجِحات نصيبٌ وافِرٌ في القول بالمصالح المرسلة. وهذا باطلٌ؛ إذْ لا يُوكَلُ النَّظرُ في الأحكام

(١) الجويني، البرهان فقرة ١١٣٢، فقرة ١١٣٩، ابن السمعاني، قواطع الأدلة ٢/ ٢٥٩.

الشَّرعية لغير المتأهِّلين من أهل الاجتِهاد(١).

وهذا الاعتراض مُتهاوٍ لا سَنَدَ له؛ فالنَّاظِرُ في المصالح المرسلة ممَّا يَلْزَم في حقِّه أنْ يكون مُحيطًا بتصرُّفات الشَّارع في التشريع ليَعلم هل هذه المصلحة من جِنْس ما اعتَبَره الشَّارعُ في أحكامه أم لا؟ بل إنَّ المرتبة الاجتهاديَّة المشترطة في النَّظر في المصالح المرسلة أرفعُ من المرتبة المشترطة في غيره من الاجتهاد؛ إذْ مَن كان قاصرَ الباع في التَّعرُّف على مَقاصدِ الشَّارع في التَّشريع لا حَقَّ له في الإقدام على النَّظر فيما سبيلُه الاستدلالُ المرسل؛ إذ الوقوفُ على مقاصد الشَّرع وكليَّاتِه القطعيَّةِ والقريبةِ من القطع لا تكون إلَّا لمن حَصَلَ له استقراءُ موارد الشّريعة ومصادرها وتصرّفاتها في تحصيل الصَّلاح ودرء الفساد.

وإنَّما أُتِيَ صاحِبُ الاعتراض من النِّسبة غير الصحيحة في القول بالمصلحة المطلقة لمالك؛ والأمرُ على خلافه.

وهذا ما قرَّره أساطينُ المذهب ردًّا على الجوينيِّ فيما ألزم به مذهبَ مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

قال القَرافي مُعترِضًا على الجوينيِّ: «وأمَّا قوله: «العالم بالسياسة إذا أخبره المفتون بعَدَم الأصول، فيكون له الأخْذُ برأيه». قلنا: لا يَلْزم ذلك؛ فإنَّ مالِكًا يَشترط في المصلحة أهليّةَ الاجتهاد، ليكون الناظرُ مُتكيِّفًا بأخلاق الشّريعة، فيَنْبُو عَقْلُه وطَبعُه عمّا يُخالفها، بخلاف العالم بالسِّياسات إذا كان جاهِلا بالأصول فيكون بَعيدَ الطَّبع عن أخْلاق الشَّريعة، فيهجم على مخالفة أخلاق

(١) الجويني، البرهان: فقرة ١١٤٠، ابن السمعاني، قواطع الأدلة ٢/ ٢٥٩.

الشَّريعة من غير شُعور»[١].

الاعتراض الرابع: الأخذُ بالمصالح المرسلة كفيل بأن تختلف الأحكام باختلاف الزَّمان والمكان:

وممَّا تَفرَّع عن الاعتراض الثَّاني من أنَّ القول بالاستدلال المرسل يُفضي إلى عَدَم الضَّبط-: أنَّ المصالح المرسلة كفيلةٌ بأن تجعل الأحكامَ تَختَلِف باختلاف الأزمنة والأمكنة؛ وهذا خُروجٌ عن الضبط؛ قال الجويني في سَوقه لاحتجاج الباقلاني على بُطلان التَّعلُّق بالمصالح المرسلة، مُقرًّا له على ما قال -: «ثمَّ يختلف ذلك باختلاف الزَّمان والمكان وأصناف الخلق؛ وهو في الحقيقة خُروجٌ عَمَّا دَرَجَ عليه الأوَّلون»[٢]، وقال الجوينيّ: «ثمَّ وجوه الرَّأي تختلف بالأصقاع والبقاع والأوقات، ولو كان الحكم ما ترشد إليه العقول في طرق الاستصواب، ومسالكه تختلف، للزم أنْ تختلف الأحكامُ باختلاف الأسباب التى ذكرناها»[٣].

وهذا الإلزامُ الذي أُلزم به المالكيَّةُ قد التزمه بعضُ أئمَّة المذهب كالأبياريّ[٤] وغيرِه؛ إذ اختلافُ الأحكام باختلاف الأزمنة والأمكنة

---

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٦، وانظر لمزيد من البسط: القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٨، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة: ٣٥، ص٧، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦٩، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٦٦.

(٢) الجويني، البرهان فقرة ١١٣٢.

(٣) الجويني، البرهان: فقرة ١١٤٠، ابن السمعاني، قواطع الأدلة ٢/ ٢٦٠.

(٤) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦٩.

لاختلاف المصلحة وتغيُّرها وتفاوتِ أثرها-: ممَّا يُثبِّتُ في الشَّريعة الدَّوامَ والخلودَ، فهذه خصيصة لهذه الشَّريعة لازمة؛ فلا عَتْبَ على المالكيَّة في ذلك؛ وهي من محاسِنِ الشريعة أنْ كان بعضُ أحكامها المبنيَّة على المصلحة تتغيَّر بحسب تغيُّر مناط الحكم وهو المصلحة؛ فليس إذًا الاختلافُ في أصل الخطاب؛ وإنَّما الاختلافُ في تغيُّر مَناط الحكم، والحكمُ يَقْفُو مَناطَه وُجودًا وعَدَمًا؛ فإثباتُ المصالح المرسلة راجِعٌ إلى تحقّق المصلحة، فإذا انتفت انتفى الحكم لزاما؛ إذْ لا يستقيم بقاءُ الحكم مع ارتفاع مُقتضيه ومناطه، وإلَّا كان نقضا[1].

ويَنبني على هذا أنَّ الأحكام التي بُنيت على المصلحة ورُوعِيَت فيها، يجب أنْ لا تُعدَّ أحكاما قارَّة في كلِّ زمان ومكان؛ وإنَّما ذلك راجِع وآيلٌ إلى المصلحة المبنيّ عليها الحكم، فمتى تحقَّقت وُجِدَ الحكم، ومتى فاتَت وانخرَمَت ارتفعَ الحكم؛ وعليه فإنَّ الأحكام التي من هذا القبيل يَلزَم أن يُستأنَف فيها الاجتهادُ للنَّظر إلى مَدَى تحقّق المصلحة، وأنْ لا تُجعل أحكاما مُنبتَّةً عن مَناطاتها المقتضية لها؛ لأنَّ في ذلك مُنافاةً لمعقوليَّة التَّشريع الثَّابتة بالأدلَّة القطعيَّة.

(١) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٦٦-٦٧.

المطلب الثالث

علاقة المصالح المرسلة بالنصوص الشرعية وبالأصول الاجتهادية في المذهب

لأصل المصالح المرسلة ارتباطٌ ببعض أصول الأدلَّة، كالنصوص الشَّرعيَّة، والقِياس، والاستحسان، وسدّ الذرائع، ومُراعاة الخلاف. وسأبحثُ في هذا الموضع علاقةَ أصل المصالح المرسلة بالنُّصوص الشَّرعيَّة وبالقياس؛ أمَّا علاقةُ هذا الأصل بأصل الاستحسان وسدِّ الذرائع ومُراعاةِ الخلاف، فسأُرجئ البحثَ فيها إلى حين تناول كلِّ أصلٍ من تلك الأصول؛ لأنَّ إبراز العلاقة بين أمرين والتمثيل بينهما يَتوقَّفُ على العلم بالطَّرفين.

الفرع الأوَّل

علاقة المصالح المرسلة بالنُّصوص الشرعية

ممَّا يجبُ الوقوفُ عنده في هذا المقام العلاقةُ التي تربِطُ المصالحَ المرسلةَ بالنّصوص الشّرعيةِ؛ وأوَّلُ ما يُنبَّه عليه أنَّ مرجِع المصالح المرسلة إلى أدلَّة الشَّرع اللَّفظيَّة؛ لأنَّ أجناس المصالح أو ما يُعرف بالأصول الكليَّة المصلحيَّة إنَّما استُنبِطَت من استقراء نصوصِ الشَّارع من كتاب الله ومن سنَّة رسول الله ﷺ؛ ومنه فإنَّ الاستدلال بأصل الاستدلال المرسل هو استدلال راجعٌ إلى الكتاب والسُّنَّة.

ولا شكَّ أن المصالح المرسلة التي تتوافق مع النُّصوص لا إشكال فيها، فالعبرة بالنَّصِّ الشَّرعيّ؛ بل لا يُلجأ إلى الخطط التَّشريعيّة الاجتهاديَّة إلَّا عند فِقدان النّصوص الشّرعيّة؛ فإنْ وُجِدَت فلا حاجة عندها إلى المسالك الاجتهاديّة.

والنُّصوصُ الشّرعية في دلالتها على أفرادها إمّا أن تكون نصوصا في معناها بحيث لا تحتمل غيرَ ما دلَّت عليه، وإمَّا أن تكون نُصوصا مُحتملة كالعامّ المحتمل للخصوص:

فيتحصَّل من هذا أنَّ المعارضة بين المصالح المرسلة وبين النُّصوص الشَّرعية تكون كما يلي:

أوّلا: تعارض المصالح المرسلة مع النصوص المحتملة كالعمومات اللفظية.

ثانيا: تعارض المصالح المرسلة مع النَّصّ الخاصّ الذي لا احتمال فيه. وهذه النصوصُ المعارضةُ لما تقتضيه المصالحُ المرسلة مُعارضةً تامَّة العبرةُ بالنّصوص؛ لأنَّ مِنْ شَرْط اعتبار المصلحة المرسلة أنْ تكون مَسكوتا عنها؛ إذ المصالحُ التي جاءت النُّصوصُ على خلافها هي مَصالحُ مُلغاةٌ؛ وقد تقدَّم ذلك في بَيان شروط العمل بالمصالح المرسلة.

أمَّا التَّعارض بين المصالح المرسلة وبين النصوص المحتملة فإنَّ للمالكية في ذلك رأيا؛ وسأبحث في هذا الفرع من النُّصوص المحتملة النُّصوصَ العامَّةَ؛ لأنَّ غالِبَ ما تكون النّصوصُ الشَّرعيَّة المحتملةُ المعارِضةُ للاستدلال المرسلِ نُصوصًا عامَّةً.

وعليه، فإنَّه إذا تعارَضت المصلحةُ المرسلةُ مع بعض العُمومات الشَّرعيَّة، فإنَّ الثَّابت في مذهَب مالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تخصيصُ العامّ بالمصلحة المرسلة، إنْ قَوِيَت المصلحةُ في تناول المسألة وضَعُف العمومُ أمامَها عنْ تناول المسألة واشتِمال حُكمه لها. والعُمومُ كما يُخصَّصُ بالقياس عند المالكيَّة[١]، فإنَّه يُخصَّص بالمصالح المرسلة التي تكون في أحوالٍ أقْوَى من القياس وأثبتَ منه.

وقد عَزا هذا القولَ للمذهب المالكيّ أساطينُه وأئمَّتُه وأهلُ الاستقراء والتَّحقيق فيه، كابنِ العربيّ والشَّاطبيّ.

---

(١) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٢٠٣.

قال ابنُ العربيّ مُعلِّلا لفَرْعٍ ثابتٍ عن مالك: «وكذلك ﷺ **يَرَى تَخصيصَ العموم بالقياس والمصلحة**»(١)، وقد تكرَّر لابن العربيّ كثيرًا عزوُه لمالِكٍ هذا المذهب، وتعليلُه لكثير من المسائل الفقهية في المذهب بتخصيص العامِّ بالمصلحة؛ وهذه جملة من النّصوص له، قال: «...وهذا ينبني على الأصل، وهو أنَّ القياس والمصلحة هل يُقدَّمان على العموم أم لا؟ مذهب مالك ﷺ أنهما يُقدَّمان على العُموم»(٢).

وقال في شرح حديث: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»(٣): «فخصَّ مالِكٌ ﷺ هذا العُمومَ، وحَمَلَه على بعض مُحتملاته بالمصلحة. وهذا أصلٌ يَنفرد به عن سائر العلماء»(٤).

وقال: «وهذا من باب تَخْصيص العُموم بالمصالح، وقد مَهَّدناه

---

(١) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٦٨٦.

(٢) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ١/ ٤٥٩-٤٦٠.

(٣) رواه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الخطبة، رقم: ١٤٨٩، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن الأعرج، عن أبي هريرة، مرفوعا. ورواه (رقم ١٤٩٠) عن نافع عن ابن عمر مرفوعا. وروى البخاري ومسلم الحديث من غير طريق مالك: البخاري، في كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، رقم: ٥١٤٢، من حديث ابن عمر. ورواه في كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه...، رقم ٢١٤٠، من حديث ابن المسيب عن أبي هريرة. ورواه مُسلِم في كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة معمتها...، رقم ١٤٠٨، من حديث ابن سيرين عن أبي هريرة. ورواه في كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه...، رقم ١٤١٢، من حديث نافع عن ابن عمر.

(٤) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٦٨٣.

في أصول الفقه؛ والمصلحةُ مِنْ أقْوَى أنواع القِياس»[١].

وقال ابنُ العربيّ: «العُمومُ إذا استَمَرَّ والقياسُ إذا اطَّرد، فإنَّ مالِكًا وأبا حنيفة يَريان تَخْصيصَ العموم بأيِّ دَليلٍ كان، مِنْ ظاهِرٍ أو معنى؛ ويَستحسِنُ مالِكٌ أنْ يخصَّ بالمصلحة...»[٢]. ونَقَل الأستاذُ أبو إسحاق الشَّاطبيّ هذا النَّصَّ عن ابن العربيِّ في «الموافقات» و«الاعتصام» مُقرًّا له، ومستدلّاً به، ومُنوِّها بما جاء فيه[٣].

وقال الحجويّ: «واعلم أنَّ المصلحة المرسلة عند المالكية من جملة المخصِّصات...»[٤].

وتخصيص العموم بالقياس من أنواع الاستحسان، الذي سيأتي بيانه.

تأصيلُ مسألة التَّخصيص بالاستدلال المرسل:

العُمومُ إنَّما يكون عُمومًا بالقَصْد المقارِن للقول، فإفادةُ العموم الحُكمَ على أفراده تكون في الأفراد التي هي مُتعلِّقةٌ بالقَصْد الملازم للعُموم، فما جاء على خِلاف القَصْد أو كان بَعيدًا عن القَصْد بأنْ لا يخطُر ببالٍ؛ فإنَّ إدْخاله في أفراد العُموم ليس بالمستقيم؛ لأنَّه خارِجٌ عن أنْ يكون انتظَمَه قَصْدُ مَنْ صَدَرَ عنه اللَّفْظُ العامّ.

---

(١) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٠٢، الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٦١.

(٢) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨-٢٧٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٢٠٩، الاعتصام ٣/ ٦٣.

(٤) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٦١.

وتأسيسًا على هذا، فإنَّ الأفرادَ المُندرِجةَ في العموم -بحسب ظاهر اللَّفظ- والتي تُعارِضُ بعضَ الأُصول الشرعية المصلحيَّة المستقرأة من تفاريع الشَّريعة، ممَّا يجب أن تَخرُج عنْ أن تكون مَشْمولةً بقَصْد صاحِب العُموم؛ لأنَّ الشَّرع كلٌّ لا يَتجزَّأ، فهو منظومةٌ تشريعيَّة مُتكاملةٌ لا تَعارُض فيها ولا تَخالُف، ومن طبيعة هذا التَّكامُل والتَّلاؤم أنَّ بعضَ الشَّريعة يُفسِّر بعضَها ويُوضِّحُها؛ وأحقُّ ما تُفسَّر به النُّصوصُ: الأصولُ الكُليَّةُ للشَّريعة؛ والتَّخصيصُ ما هو إلا بيانٌ وتفسيرٌ لمُراد الشَّارع.

ولئن كان العُمومُ ممَّا يُخصَّص باللفظ الخاصِّ حتّى ولو كانَ خبَرَ آحادٍ، ويُخصَّص بالقياس-: فأوْلى أنْ يُخصَّص بالقواعد الشَّرعيَّة القطعيّة أو القريبة من القطع، وهذا ما يَنْفي التَّعارُضَ في عِلَل الشَّرع ومَقاصده؛ إذْ إنَّا لو أجْرَيْنا العامَّ على عُمومه مع المعارضة لبعض القواعد الشَّرعية القطعيَّة أو القريبة من القطع، لكان في ذلك تطريقًا لإدخال التَّعارض في مقاصد الشارع في أحكامه؛ وهذا باطلٌ، فما أدّى إليه باطل؛ فبَطَل إذًا القولُ بعدم التَّخصيص بالقواعد التَّشريعيَّة التي تقوم بها خطَّةُ الاستدلال المرسل.

وفي سياق هذا المعنى يقول القاضي أبو بكر بن العربيِّ في مسألة تغريب الزناة: «الحكمُ الثالث: وهو **التغريب**، وقد اختَلَف العلماءُ فيه؛ فأسقطه أبو حنيفة لأنه زيادةٌ على القرآن بخبر الواحد... وقال الشافعي: يُغرَّبُ كلُّ زانٍ بِكْر، عَمَلا بعموم هذا

الحديث. وخصَّه مالكٌ في المرأة والعبد؛ أمَّا المرأة فلأنَّ تغريبها مُعرض بها للوقوع في مثل ما جُلدت عليه، وإنَّما تُحفَظ المرأةُ بالحجاب حيث تعرف.

وخُذوا نُكتةً بَديعةً في أصول الفقه لم تُذكَر فيها، نَبَّه عليها إمامُ الحرمين في كتاب العمد، فقال: إنَّ العموم إذا وَرَدَ وقلنا باستعماله أو قام دَليلٌ على وجوب القول به، فإنَّما يَتناول الغالبَ دون الشَّاذِّ النَّادِر الذي لا يخطُر ببال القائل. وصَدَق؛ فإنَّ **العموم إنَّما يكون عُمومًا بالقَصْد المقارِن للقول**، فما قُطع على أنَّ القائل لم يَقصده لا يَتناوله القولُ، **وعلى هذا لا يَتناول الحكمُ في العُموم ما يَعتَرض عليه بالإبْطال**، ولو أدخلنا المرأةَ في التغريب لاعترض بالإبطال على التحصين الذي لأجْله شُرِعَ الحّدُّ»[١].

وقد يُهوِّل بعضُهم في مسألة تخصيص العامِّ بالمصالح المرسلة بأنَّ العُموم مَنْصوصٌ عليه والمصالحَ المرسلةَ مُستنبطةٌ، فكيف يجوز -والحال هذه- أن يُترك المنصوصُ للمستنبط؟!

وهذا اعتراض أوْرَدَه ابن العربيّ وردَّه بردٍّ قويم؛ قال: «. . .وقال جَماعةٌ من العلماء: الرِّبا منصوصٌ عليه مُتوعَّدٌ فيه، والمقاصدُ والمصالحُ مستنبطةٌ، فقد تعارضت قاعدتان: إحداهما قاعدة الربا، وهي منصوصٌ عليها متفق فيها، والثانية: قاعدة المصالح والمقاصد، وهي مُستنبطةٌ مختلف فيها؛ فكيف

---

(١) ابن العربيّ، القبس ٤/ ١١٩-١٢٠. وانظر: الباجي، المنتقى ٧/ ١٣٧، المواق، التاج والإكليل ٨/ ٣٩٧، الخرشي، شرح مختصر خليل ٨/ ٨٣.

يَتساويان؟! فَضْلا عن أن ترجح قاعدة المصالح والمقاصد!

واستهولَ هذا القولَ جَماعَةٌ!

والجوابُ فيه سَمْحٌ: فإنَّ الرِّبَا، وإنْ كان منصوصًا عليه في ذاته وهي الزيادة، فإنه **عامٌّ في الأحوال والمَحالِّ، والعُمومُ يَتخصَّص بالقياس؛ فكيف بالقَواعد المؤسّسة العامَّة؟!**»[١].

فنُصوصُ أهلِ التَّحقيق في المذهب جَليَّةٌ وبيِّنةُ الدَّلالة على أنَّ مِنْ مذهبهم تخصيصَ العموم بالمصلحة المرسلة؛ وعليه فلا عبرةَ بمَنْ نَفَى عَزْوَ هذا القول لمالِكٍ مِن بعض المعاصرين كالبوطيّ في «ضَوابط المصلحة»[٢].

ونسبةُ أهل المذهب مُقدَّمةٌ في الاعتبار على ما نَسَبه المخالفون لهم، ومذهبُ الإمام إنَّما يُؤخَذُ عن أهله المباشرين له، والعالمين به، والمستقرئين لفُروعه.

ومن الفروع الفقهيَّة الشَّاهدة على إجازة المالكية التخصيص بالمصلحة المرسلة:

المسألة الأولى: عدم وجوب إرضاع الشَّريفة لولدها:

الأصلُ عند مالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ المرأة يجب عليها إرضاعُ ابنها، إلَّا أنَّه استثنى من هذا الحكم العامِّ الشَّريفةَ الحسيبةَ، فقال لا يجب عليها إرْضاعُه إلَّا في حال لم يَقبَل الطِّفلُ غيرَها[٣]؛ وكان

---

(١) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٨٢٠.

(٢) البوطي، ضوابط المصلحة ٣٣٥-٣٣٦.

(٣) الخرشي، شرح مختصر خليل ٤/ ٢٠٦، أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ٢/ ١٢٨، عليش، منح الجليل ٤/ ٤١٩.

مَرجعُ هذا التَّخصيص من اللَّفظ العامّ في الآية هو تخصيصَ العُموم بالمصلحة، لأنَّ في إلزمها بما ليس من شأنها ضَرَرًا بها، والضَّرَرُ مرفوعٌ؛ قال ابن العربيّ: «إلَّا أنَّ مالكا دون فُقهاء الأمصار استثنى الحسيبةَ، فقال: لا يَلزَمها إرضاعُه، فأخرجها من الآية، **وخصَّها فيها بأصْلٍ من أصول الفقه، وهو العَمَلُ بالمصلحة**...»[1].

ووَجْهُ التَّخصيص بالمصلحة: «أنَّ هذا أمرٌ كان في الجاهليَّة في ذوي الحسب، وجاء الإسلام عليه فلم يُغيِّره، وتمادى ذَوُو الثّروة والأحساب على تفريغ الأُمَّهات للمُتعة بدفع الرضعاء إلى المراضع إلى زمانه، فقال به... فحقَّقناه شرعا»[2].

وقال ابنُ أبي زيد في كتاب «الذَّبّ عن مذاهب مالك» في **مسألة رضاع المرأة ولدها**: «...وذلك أنَّ الله يقول: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]؛ وهذا من الضَّرر أنْ يَبْلُغ منها أنْ يخرج بها إلى تَحمُّل ما يَشقُّ عليها، وما ليس من شَأنها، ولا من مَعرفتها، وما لا تقوم مثلها بمثله، ولا (يقدر)[3] مثلها على إمساك الصبيان وتَعاهدهم، والقيام عليهم؛ فلا تكلّف ذلك؛ **لأنَّ ذلك من الضَّرَر المرفوع**...»[4].

---

(١) ابن العربيّ، أحكام القرآن ١/ ٢٧٨، وانظر ١/ ٢٧٥، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ٦٥.

(٢) ابن العربيّ، أحكام القرآن ١/ ٢٧٨.

(٣) الكلمة غير واضحة في المخطوط؛ وما أثبته يفي بالمعنى.

(٤) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١٤٤/أ.

المسألة الثَّانية: جواز التَّصرف في الغنيمة بما تدعو إليه الحاجة:

الأصلُ أنَّ الغنيمة قبل القَسم ممّا يحرم على المجاهدين -ممَّن تعلَّقت حُقوقُهم بها- أنْ يتصرَّفوا فيها بكلٍّ وجه من أوجه التَّصرف. والذي دلَّ على هذا عُموماتٌ شرعيَّةٌ؛ غيرَ أنَّ مالِكًا خَصَّص هذا العمومَ بمصلحةٍ حاجيَّةٍ تتعلَّق بالجيش، فأجاز على أساسِها للجيش أنْ يأكلوا منها ويَتصرَّفوا فيها بما تَقتَضيه المصلحةُ الحاجيَّةُ الكليَّة، وقادةُ الجيش هم أعرَفُ بما يَقتَضيه الظَّرفُ في تكييف الحاجة وتقديرها[1]؛ قال القاضي ابن العربيّ: «أجمعت الأمة على أنهم لا يجعل لهم التَّصرّفُ فيها قبل القسمة، وقد استثنى من ذلك علماؤنا **ما تَدْعو الحاجةُ إليه** من طعام يأكلونه، أو دابّة يركبونها، ما لم يعجفوها... **وإنَّما المعوَّلُ في ذلك على المصلحة**؛ فإنَّ المسلمين يدخلون بلاد العدوِّ **فتطرأ الحاجةُ وتَعرِض الفاقةُ**؛ فلو قُسِمت الغنيمةُ قبل التَّحصيل لكان ذلك فَسادًا في القضيَّة، وخَرْمًا في الحال، ولو مُنِعَ النَّاس الأكل منها حتّى تقع المقاسم أضرَّ ذلك بهم؛ فجوّز الأكل بالمعروف، **وهذا من دلائل المصلحة وأحكامها التي انفرَد بها مالك** رضي الله عنه»[2].

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٤/ ٥٥٠، الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/ ١١٦، الدردير، الشرح الكبير ٢/ ١٧٩-١٨٠.

(٢) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٦٠٥-٦٠٦.

المسألة الثالثة: الخطبة على الخطبة:

لا يُشرَعُ للخاطِب أنْ يخطب على خطبة أخيه المسلِم؛ قال النبي ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»(١)، وهذا النَّهيُ عامٌّ في كلِّ الأحوال، فما صَدَق على أنَّه خطبةٌ لا يكون للرَّجل أنْ يخطب على هذه الخطبة. لكنَّ مالِكًا رأى أنَّ هذا العُموم إنما أراد به صاحبُ الشَّرْع ﷺ: الخطبةَ التي صَحِبَها التَّراكُنُ بين الخاطِب ومَنْ خطب إليهم، أمَّا حيثُ لم يَقع التَّراكنُ فإنَّ ذلك خارجٌ عن مَقْصود صاحب الشَّرع؛ لأنَّ في ذلك فَسادًا عامًّا يَلِجُ على النَّاس؛ بحيث لا يَشاءُ أحدٌ أنْ يُدخل الضَّررَ على امرأة أو على رجل يُريد خطبة امرأة إلَّا فَعَل بأنْ يخطب، فتَبْقى المرأةُ مُعلَّقةً به؛ والشَّرْعُ في أحكامه لم يَقصِد إلى ما فيه الضّررُ بهم، بل إنَّ هذا الحكم -وهو النَّهي عن الخطبة على الخطبة- إنَّما جاء لدفع فَساد القطيعة بين المسلمين؛ فكيف يُشرَع حُكمٌ يكون جالبا لفساد أعظمَ من الصَّلاح الذي يُتوقَّع حُدوثه منه! هذا ما لا يليق بمعقولية التَّشريع، ولا يَتَّسِقُ مع منطق التعليل(٢).

قال مالكٌ في الموطإ بعد روايته للحديث: «وتفسير قول رسول الله ﷺ فيما نُرَى والله أعلم: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»-: أنْ يخطب الرَّجُلُ المرأةَ فتركن إليه ويتَّفقان على صَداقٍ

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الباجي، المنتقى ٣/ ٢٦٥، ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٦٨٣، الحطاب، مواهب الجليل ٣/ ٤١٠-٤١١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/ ١٦٨.

واحد معلوم، وقد تراضيا، فهي تشترط عليه لنفسها، فتلك التي نَهَى أنْ يخطبها الرجل على خطبة أخيه، ولم يَعْنِ بذلك إذا خَطَب الرَّجلُ المرأةَ فلم يُوافقها أمرُه، ولم تَركن إليه أنْ لا يَخطبها أحدٌ؛ **فهذا بابُ فَسادٍ يَدخُل على النَّاس**»[1].

* * *

(١) مالك بن أنس، الموطأ ٢/ ٥٢٣.

الفرع الثاني

المصالح المرسلة والقياس

أوَّلُ ما يُقرَّر أنَّ المصلحة المرسلةَ نوعٌ من أنواع القياس بمَفهومه العامِّ، فهذا ابنُ رُشدٍ الحفيدُ يَجعل الاستدلالَ المرسَلَ نوعًا من أنواع القياس، فهو يُسمِّيه «القياس المرسل»[1] و«القياس المصلحي»[2] و«قياس المصلحة»[3]؛ قال ابن رُشْدٍ: «. . .فهو التفاتٌ إلى المصلحة؛ وهذا النوعُ من القياس هو الذي يُسَمَّى المرسل، وهو الذي ليس له أصْلٌ مُعيَّنٌ يستند إليه. . .»[4].

وقد جَعَلَ القاضي ابنُ العَرَبيّ المصلحة المرسلة ممَّا تدخل في أنواع القياس وتنخرِطُ فيه، بل إنَّ المصلحة لتُعدُّ عنده من أقوى أنواعها وأثبتها وأدلِّها على المدلول؛ قال: «والمصلحةُ من أقوى أنواع القياس»[5].

وبيأن اندِراج المصالح المرسلة في المفهوم العامِّ للقياس-: أنَّ

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ١/ ٣٥.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ٣٠٩.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ٣٠٩.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٣٨.

(٥) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٠٢. وعنه: الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٦١.

حقيقةَ القياس هو إلحاقُ فرع بأصل لعلَّةٍ جامعةٍ بينهما؛ وهذا مُتحقِّقٌ في الاستدلال المرسل بتسمُّحٍ، فالأصلُ هو الجنسُ المصلحيُّ المستقرأ من فُروع التَّشريع، والفَرعُ هو المسألةُ التي يُراد إثباتُ الحكم لها، أمَّا العلَّة الجامعة فهي المصلحة الموجودة في الفَرْع والمشمولة بجِنْس المصالح. وعلى هذا، فإنَّ كلَّ أركان القياس مُتحقِّقةٌ -على تسمُّح- في هذا اللَّون من الاستدلال، وهو الاستدلال المرسل أو القياس المرسل على حسب تعبير ابن رشد الحفيد.

ولقد تقدَّم في مبحث الأدلَّة النَّاهضة بحُجيَّة المصالح المرسلة أنْ تقرَّر أنَّ المصالح المرسلة في بعض الأحيان أقْوَى من بعض الأقيسة؛ وذُكِرَ ثَمَّ الوُجوهُ التي رُجِّحت بها المصالح المرسلة على تلك الأقيسة.

* * *

المبحث الرَّابع

الشَّواهد التَّطبيقيَّة للمصالح المرسلة في المذهب المالكيِّ

تمهيد:

كان لأصل المصالح المرسلة بالغُ الأثر في تفريعات المالكيَّة وفي فقههم الذي امتاز بمُساوقته لمصالح الخلق المتجدِّدة، والالتفات إليها في تقرير الأحكام، والاعتبار بها في حال الصدور بالفتيا؛ وفي هذا المبحث أَسوق بعضَ النَّماذِج التَّطبيقيَّة التي تُجلِّي للنَّاظر فيها مَدَى اعتماد المالكية على هذا الأصل، وتَعْويلهم عليه:

المسألة الأولى: توظيف الضَّرائب عند الحاجة.

المسألة الثانية: العقوبة بالمال.

المسألة الثالثة: اشتراط الخلطة في الدَّعوى.

المسألة الرابعة: الخلوّات.

المسألة الخامسة: جواز الاستناد إلى آثار الأقدام في إثبات السرقة ونحوها اعتمادا على المصلحة المعتبرة.

المسألة الأولى

توظيف الضَّرائب عند الحاجة

من المسائل التي لها تعلُّقٌ بالاستدلال المرسل مسألةُ فَرض الضَّرائب على الرَّعيَّة أو على أهل اليَسار منهم، إذا ضاقَ بيتُ المال عن الوفاء بمُستحقَّاته، خاصَّة ما كان مُتعلِّقا بنفقات الجيش الذي يحمي البيضة، ويقوم على حفظ أمن الأمَّة، ولتحصين مدائن الإسلام ببناء الأسوار العاليات، وترميم ما انثلم منها.

وقد تناول علماءُ المذهب المالكيّ هذه المسألةَ بالبحث والنَّظر، لا سيَّما أيَّام الضَّعف الذي بدأ يَسْري في كيان الأمَّة، ممَّا ضرَّى عليها الأعداءَ المتاخِمين لها المُصاقبين لإقليمها؛ فأفتى أهلُ التَّحقيق في مذهب مالك كابنِ العربيّ[١] وابن منظور والشَّاطبيّ والمالقيّ[٢] وغيرهم بوُجوب فرض هذه الضَّرائب استنادا منهم على المصالح المرسلة التي تقتضي حفظ أمنِ الأمَّة بكلِّ سبيل.

والأصلُ أنَّه لا يجب شيءٌ في المال غير الزكاة؛ لكن مصلحة الأمَّة العامَّة أوجبت ذلك. سئل القاضي أبو عمرَ بنُ منظور عن

---

(١) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٣/ ٢٤٣.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ١١/ ١٣١، التنبكتي، نيل الابتهاج ١/ ٣٣، كفاية المحتاج ٩٣.

مسألة التَّوظيف أو ما يعرف في الأندلس بـ«المعونة»، فقال: «إنَّ الأصل أنْ لا يُطالب المسلمون بمغارم غير واجبة بالشَّرع، وإنَّما يُطالبون بالزكاة وما أوجبه القرآن والسّنّة، كالفيء والرّكاز وإرث من يرثه بيت المال. وهذا ما أمكن به حمل الوطن (كذا) وما يحتاج له من الجند ومصالح المسلمين وسدّ ثُلَم الإسلام، فإذا عَجَز بيتُ المال عن أرزاق الجند وما يحتاج إليه من آلة الحرب وعدَّة، فيوزَّع على النَّاس ما يحتاج إليه من ذلك...»[1].

وقال الشاطبي: «**توظيف الخراج على المسلمين من المصالح المرسلة**، ولا شك عندنا في جوازه وظهور مصلحته في بلاد الأندلس في زماننا الآن؛ لكثرة الحاجة لما يأخذه العدوُّ من المسلمين سِوَى ما يحتاج إليه الناس وضعف بيت المال الآن عنه. فهذا يُقطع بجوازه الآن في الأندلس؛ وإنما النظر في القدر المحتاج إليه من ذلك، وذلك موكول إلى الإمام...»[2].

فوجه المسألة أن فرض الضرائب في هذه الحال من المصالح الملائمة للمصالح الشَّرعية؛ ووجه الملاءمة يظهر فيما يلي:

في فَرْض الضَّرائب تَحقيقٌ لمصلحة ضروريَّةٍ؛ ذلك أنَّ ترك الفرض ممَّا يُؤدّي إلى إضعاف قوَّة النِّظام الحاكم أو على تعبير

(١) الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى إفريقية والأندلس والمغرب ١١/ ١٢٧-١٢٨. وسبق له أن ذكر فتيا ابن منظور في المعيار ٥/ ٣٣.

(٢) التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج ١/ ٣٣، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج ٩٣، محمد علي حسين، تهذيب الفروق ١/ ١٤١-١٤٢. انظر المعيار ١١/ ١٣١، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٣.

الأقدمين يؤدّي إلى ضعف شوكة الإمام أو بُطلانها؛ وفي ذلك ما يجعل بلاد المسلمين عُرضةً للضَّرر الماحق، من استيلاء مباشرٍ أو غير مباشر وتبعيَّةٍ للعدوّ؛ وهذا ممَّا يُعلم على وجه القطع من شريعة الله السَّعي إلى تلافيه. ومنه، فما أدّى إلى تحقيق قوَّة الأمَّة واجِبٌ الأخذُ به اعتمادًا على الأصل القطعيِّ في الشَّرْع الذي يُفيد بأنَّ من قصد الشَّارع أن تكون الأُمَّةُ قويَّةً مرهوبة الجانب[1].

ثمَّ إنَّ ترك الحبل على الغارِب دون أن يُتّخذ من الإجراءات التي تكفُل مَنعَةَ الأمَّة، يُعرِّضُ أموالَ العامَّة في حال استيلاء العدوِّ على بلاد الأمَّة ومُقدَّراتها إلى التَّنقُّص والاستيلاب؛ فبَذْلُ القليل في مُقابل حِفْظ الكثير أوْلَى عند مَنْ كانت عنده صُبابةٌ من عَقْل؛ ومنه فإنَّ فَرْض الضَّرائب في حالة الحاجة التي يُقدِّرُها مَنْ وَلِيَ أمرَ المسلمين ممَّا يَستند إلى أصلٍ تشريعيٍّ قويم، هو الاستدلال المرسل[2].

كذلك «فإنَّ الأبَ في طفله أو الوصيَّ في يتيمه أو الكافلَ فيمَنْ يَكفله، مأمورٌ برِعاية الأصلح له، وهو يصرف ماله إلى وُجوه من النَّفقات أو المؤن المحتاج إليها. وكلُّ ما يَراه سببًا لزيادة ماله أو حراسته من التَّلف، جاز له بَذْلُ المال في تحصيله. ومَصلحةُ الإسلام عامَّةٌ لا تَتقاصَرُ عن مَصلحة طِفْلٍ، ولا إمام المسلمين يَتقاعَد عن نَظَر واحِدٍ من الآحاد في حقِّ محجوره.

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/٢٦-٢٧، الونشريسي، المعيار المعرب ١١/١٣٣-١٣٦.
(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/٢٧، الونشريسي، المعيار المعرب ١١/١٣٦.

ولَوْ وَطِئَ الكفَّارُ أرضَ الإسلام لَوَجَب القِيامُ بالنُّصْرَة، وإذا دَعاهم الإمامُ وَجَبت الإجابةُ، وفيه إتعابُ النّفوس وتعريضُها إلى الهَلَكة، زيادةً إلى إنفاق المال، وليس ذلك إلا لحماية الدِّين ومصلحة المسلمين. فإذا قدَّرنا هجومهم واستشعر الإمامُ في الشَّوكة ضعفا، وَجَب على الكافَّة إمدادُهم»[1].

والمسألةُ محلّ البحث ممّا لا تخصّ الحفاظَ على الأمن الخارجيّ؛ بل هي مفروضة كذلك في حال الخوف من انخرام الأمن الدَّاخلي، وهو خوفٌ مستمرٌّ؛ قال الشّاطبيّ: «وإذا قَدَّرْنا انعدام الكُفَّار الذين يُخاف من جهتهم، فلا يُؤمن من انفتاح باب الفتن بين المسلمين؛ فالمسألةُ على حالها كما كانت، وتَوقُّعُ الفساد عَتيدٌ، فلا بدَّ من الحراس»[2].

وفَرْضُ الضَّرائب لحاجة الأُمَّة لا تكون على جهة الاستقراض إلَّا إذا رُجِيَ لخزينة الدَّولة دخلٌ مُنتظر؛ أمَّا إذا لم يكُن ثمَّةَ دخلٌ مُنتظَرٌ، وضعفت مَسالكُ الدَّخل، فلا بُدَّ من العمل بتوظيف الضَّرائب لا على وَجْه الاستقراض[3].

ومن العَجَب أنَّ أبا سعيد بن لُبّ سُئل عمَّا كان مُوظَّفًا من خَراجٍ لبناء السُّور في بعض مواضع الأندلس على أهل ذلك الموضع، فأفتى أنه لا يجوز ولا يَسوغ؛ وخالفه أبو إسحاق

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٢٧، الونشريسي، المعيار المعرب ١١/ ١٣٥-١٣٦.
(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٢٨.
(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٢٨.

الشَّاطبيّ فأفتى بأنَّ فرض الخراج من السَّائغ لوليِّ الأمر مُستندًا فيه إلى المصلحة المرسلة، ومُعتمِدًا في ذلك على قِيام المصلحة التي إنْ لم يَقُم بها النَّاس فيُعطونها من عندهم ضاعت[١].

وما نُسِبَ إلى ابن لُبّ إنْ حُمل على ظاهره، فإنَّه من الضَّعف والوَهاء بحيث يُعلم على جهة القطع بُطلانُه. ويَحتمل أنَّ فُتيا ابنِ لُبّ محمولةٌ على نَظَرٍ آخر؛ وهو أنَّ الولاة إذاك كانوا يَلجؤون إلى فَرْض الضَّرائب على غير وَجْه العدل، فقد تكون الخزينةُ ملأى، وللجند كفايتُهم، فتُفرض الضرائبُ على الرَّعية ظُلْمًا وحَيْفًا. إلَّا أنَّ مُعارَضَة الشَّاطبي لابن لُبٍّ تدُلُّ على أنَّ المسألة على خلاف ذلك، والواقعُ التاريخيُّ يُؤكِّد ذلك، فقد كانت الأندلس تُتنقَّصُ من أطْرافها، وانحَسَر الوجودُ الإسلاميُّ فيها.

(١) التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج ١/ ٣٣-٣٤، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج ٩٣-٩٤، محمد علي حسين، تهذيب الفروق ١/ ١٤١-١٤٢، الونشريسي، المعيار المعرب ١١/ ١٣١ وما بعدها، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٣-٢٥٤.

المسألة الثانية

العقوبة بالمال

من المسائل التي كان لَجأُ بعضِ المالكيَّة فيها إلى أصل الاستدلال المرسل، مسألةُ العقوبات الماليَّة إنْ تعذَّر إقامةُ الحُدود الشَّرعيَّة. وقبل أنْ تتناول الدَّراسةُ المسألة نقدِّم للمسألة تمهيدا يُبيِّن وَجْهَها:

يُفرَّق في الفقه بين العقوبة في المال والعقوبة بالمال:

أمَّا العقوبة في المال[(١)]، فهو تسليطُ العقوبة على الجاني في ماله بإتلافه عليه، بمعنى أنْ تكون الجنايةُ في نفس ذلك المال.

أمَّا العقوبة بالمال، فمعناها أنَّ من بَاءَ بجنايةٍ من الجنايات المستوجِبَة للعقوبة، يُعاقب بأخْذ مالٍ قَليلٍ أو كَثيرٍ؛ وربَّما رُتِّب شيءٌ مَعْلومٌ لكلِّ جناية[(٢)].

والذي له تَعلُّقٌ بالبحث هو العقوبة بالمال؛ وقد كان لهذه المسألة بين المالكيَّة سِجالاتٌ ومُناقشاتٌ من القرن التَّاسع في تونس والمغرب؛ ذلك أنَّ سُلطة الحكَّام على الأقاليم التي كانت

(١) المهدي الوزاني، حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق ص ٣٩٠-٣٩٢، التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق.

(٢) التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/ ٢٤٩-٢٥٠.

خاضعة لهم كانت سُلطة مُتهلهلة، بحيث لا مُكْنةَ لهذا السّلطان أنْ يَبْسُط أحكامَ الشَّرْع على الذي ارتكب حَدًّا من حُدود الله في بعض تلك الأقاليم.

فكان رَأيُ البعض أنْ يُستَعاض عن تلك الحُدود بعقوبات ماليَّة لتكون زاجِرَةً لأهل العرامة والفساد مِنْ أنْ يَتقحَّمُوا على النَّاس بالفساد والإفساد، فأفتى البُرْزُليُّ التّونسيّ بجواز العقوبة بالمال في هذا الظَّرف، وتابعه بعضُ المالكية[١].

وخالف كثيرٌ منهم البُرْزليَّ في هذه الفتوى، وقالوا بحُرمة ترك الحدود إلى غيرها؛ وقد ألَّف الشَّمّاع المالكيُّ عَصْريُّ البُرزليّ رسالةً انتقده فيها لقوله بجواز العقوبة بالمال[٢]، وقد سَمَّى كتابه هذا بـ: «مطالِعُ التّمام، ونصائح الأنام»[٣].

قال البُرْزلي في رسالته التي كتبها في تقرير العقوبة بالمال: «والذي أقولُه الآن في بَوادي إفريقية وأعرابها والبلاد النَّائية عنها من الحواضر، التي هي محلّ بثّ الشَّرع، وغَلَب عليهم الجهل،

(١) التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/ ٢٤٩-٢٥٠، حاشيته على شرح التاودي على لامية الزقاق ٢٦٦-٢٦٧. وانظر المسألة بإيعاب عند العلمي: النوازل ٣/ ١٥٣ وما بعدها. وانظر فتوى البرزلي في «مطالع التمام» للشماع، فقد نَقَلَها بحُروفها، ونقضها كلمةً كلمةً!

(٢) المهدي الوزاني، حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق ص ٣٩٠-٣٩٢، التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/ ٢٤٨، الهواري.

(٣) والكتاب طُبع مؤخَّرًا، اعتنى به عبد الخالق أحمدون. وهو من منشورات وزارة الأوقاف المغربية. والطبعةُ تحتاج إلى مزيد تحرير.

والتَّعرُّض للأموال، والأخذ بالدِّماء، والهروب بالحريم، وأخذ الأموال بالخيانة، والغشّ، والحرابة، والمعاملات الفاسدة-: أنْ يُفعَل بهم ما يَقطَع هذه المفاسد، من التَّعرّض لبعض مال الجاني وبَدَنه وسجنه، عُقوبةً له. . .»[١].

والنَّظَرُ المصلحيُّ في هذه المسألة: أنَّ في إهمال الأمر وترك أهل الفساد من غير زَجْرٍ أو رَدْع، تَضْريةً لهم على فَسادهم ومساعدةً لهم عليه؛ مع ضَعْف السّلطة وعدم تمكّنها من إقامة الحدود؛ فكان من مصلحة العامَّة أنْ لا يُترك المسيءُ بلا عِقاب يَدفعه دون رُكوب ما يُلحق الضَّرر بالغير؛ فمعلومٌ أنَّ القصد من إجراء الحدود هو الزّجر، وفي حال عَدَم التَّمكُّن من إقامة الحُدود فلا يَنبَغي أنْ نَترك هذا المقصد؛ بل إنَّ المصلحة الكُلِّيَّة في حفظ الأنفس والأموال تَستوجِب أنْ يُؤخَذ بالعقوبة الماليَّة حلّاً استثنائيّا لمعالجة الفساد الذي يَعرض في حال عَدَم التَّمكُّن من إقامة الحدود[٢]؛ قال ميَّارة: «. . .فذلك أوْلى من الإهمال وعدم الزّجر وترك القويّ يَأكُل الضّعيفَ، فمُعظَمُ المفسدة في ذلك يُغْني فيه العيان عن البَيان، وذلك مُفْضٍ لخراب العُمران وهدم البنيان، بل إذا تعذَّرت إقامةُ الحدود ولم تبلغها الاستطاعة وكان الفقير يحتاج

---

(١) الشماع، مطالع التمام ص/١٢٩. وانظر المجلة الحسنية؛ العدد ١٤، سنة ١٤١٨هـ؛ مقال: القاضي أبو العباس أحمد الشماع وكتابه مطالع التمام ونصائح الأنام لعبد الخالق أحمدون؛ ص ٢٧١؛ نقلا عن مطالع التمام للشماع ١٩٩/أ.

(٢) انظر: المهدي الوزاني، حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق ص ٣٩٠-٣٩٣.

إلى إيقاع الزّواجر، وكانت الاستطاعة تبلغ إلى إيقاع تعزير يزدجر به-: تَنزَّلت أسبابُ الحدود منزلةَ أسباب التَّعزير، فيَجْري منها ما هو مَعلومٌ في التَّعزير. وليس المرادُ أنَّ الحدَّ يَسقُط بذلك، ولكن ذلك غاية ما تَصِلُه الاستطاعةُ في الوقت دَفْعًا للمفسدة ما أمكن، فإنْ أمكَنَ بعد ذلك إقامةُ حَدٍّ أُقيمَ إن اقتضت الشَّريعةُ إقامته؛ **والظَّالِمُ أحقُّ أنْ يُحمَل عليه**»[1].

وللمسألة مُناقشاتٌ طويلةُ الذَّيْل، نَقْضًا وتأييدًا؛ ليس هذا موضعَ إرخاء الطِّول فيها. فلتُراجع في مَظانِّها التي أشرتُ إليها في الهوامش، خاصَّةً كتاب الشماع: «مطالع التمام»، فقد أطال النَّفَسَ في إبْطال فُتْيَا البُرْزُلي؛ رحِم الله الجميع.

---

(١) التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/ ٢٤٩-٢٥٠.

المسألة الثالثة

اشتراط الخلطة في الدَّعوى

ومن النَّظر المصلحيّ في مسائل الفقه: مسألةُ اشتراط الخُلطة في قَبول الدَّعوى، فمَن ادَّعى على شَخْصٍ فأنكَرَ، وأراد المدَّعي تَحليفَه، فلا تلزمه يَمينٌ حتَّى يُثبِت المدَّعي أنَّ هناك خُلطةً بينه وبينه ولو بشهادة امرأة، وتكون الخُلطةُ بدَين ولَوْ مَرَّةً واحدة من سلف أو غيره أو تكرُّر بيع بالنَّقد[١].

ومُدرك المالكية في اشتراط الخلطة في تَوجُّه اليمين إلى المدعى عليه، هو الاستدلال المرسل، لأنَّ في قَبول كلّ دعوى دون أنْ يكون ثمَّة من أمارة على صِدْق المدَّعي على المدَّعَى عليه تَطْريقًا لأهل الفَساد على أهل الصَّلاح؛ بحيثُ لا يشاء أحَدٌ أنْ يَدَّعي على أهل الصَّلاح إلَّا فَعَل؛ وفي ذلك من الفساد ما فيه؛ ولم يكُن الشَّرع ليترك أهل الفساد يتعرَّضون لأهل الصَّلاح استنادا منهم لحكم في الشَّرع، قال التَّسوليُّ: «ولعَمْرِي إنَّ هذا هو

---

(١) الخرشي، شرح مختصر خليل ٧/ ١٥٥، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ٢٢٠-٢٢١، الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/ ١٤٥، عليش، منح الجليل ٨/ ٣١٤، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/ ٧٧٤-٧٧٦، عبد الوهاب، الإشراف ٢/ ٩٥٨، ابن العربي، القبس، ٣/ ٨٩٦، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣٠.

الصَّوابُ في هذا الزَّمان القليل الخير؛ ولقد شاهَدْنا غالبَ سَفِلَة النَّاس يَدَّعي بدَعاوى على المعلوم بالخير والعدل، مع بُعده عنه، وعدم مُخالطة أمثاله وملابستهم؛ وليس غَرَضُهم إلَّا الازدراء به، وحطّ مرتبته؛ حتَّى صار الدُّهاةُ يُلقِّنون السَّفِلَة ذلك، وربَّما ادَّعوا عليه بالتُّهَمَة بما فيه مَعَرَّةٌ كالسَّرقة والغَصْب ونحوها، لسماعهم أنَّ يمين التُّهَمَة تتوجَّه مُطلقًا على المشهور المعمول به؛ فيَنبَغي لمنْ راقَبَ اللهَ أنْ لا يُمكِّنهم من تحليفه بما يُدَّعَى عليه من المعاملة في الغرض المذكور»[1].

وكونُ الخُلطة شرطا في توجه اليمين هو المشهورُ، وعليه مالكٌ وعامَّةُ أصحابه، وعليه مَشَى ابنُ أبي زيد في الرِّسالة[2]، قال ابنُ رُشْدٍ: «وقال مالِكٌ لا تَجِبُ اليمين إلَّا بالمخالطة، وقال بها السَّبعةُ من فقهاء المدينة؛ **وعُمدةُ مَنْ قال بها النَّظرُ إلى المصلحة، لكيْلا يَتطرَّق النَّاسُ بالدَّعاوى**»[3]. وخالف ابنُ نافع في اشتراط الخُلطة، وقال بتوجُّه اليمين على المدَّعى عليه مُطلَقًا. وهو الذي عليه عملُ القُضاة عند المتأخِّرين من المالكيَّة[4].

---

(١) التسولي، حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق الملزمة ٢٤، ص٢؛ نقلا عن: العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر الجيدي ص٥١٠.

(٢) الخرشي، شرح مختصر خليل ٧/ ١٥٥، ابن أبي زيد، الرسالة (مع شرحها: الفواكه الدواني) ٢/ ٢٢٠، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/ ٧٧٥.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٣٥٤.

(٤) الخرشي، شرح مختصر خليل ٧/ ١٥٥، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/ ٧٧٥-٧٧٦.

المسألة الرابعة

الخلوّات

ومن المسائل التي لَحَظَ فيها المتأخِّرون من المالكيَّة المصالح المرسلة: مَسألةُ الخلوّ، أو ما يُعرف بـ: **الجلسة، والزينة، والحكر، والجزاء، والإنزال، والنّصبة**.

وحاصلُ المسألة: أنّه كراءٌ للحانوت أو الدَّار أو الأرض على التّأبيد والاستمرار بكِراء المِثْل، فإذا اكترى ذلك المكتري صارت المنفعةُ مِلْكًا له على التّأبيد، مع بَقاء الأصل لمن كانت له، فللمُكتري الحقُّ في المعاوضة عليها، والهبة لها، وتَقَع المواريثُ عليها[١]. ويكون التَّعامُلُ بالخلوِّ في الأحْباس.

قال البَنانيّ بعد أنْ ساق فتاوى الشّمس اللّقّانيّ والنّاصر اللّقانيّ بجواز الخلوّ-: «...بمثل الفتاوى المذكورة وَقَعت الفتوى من شُيوخ فاسٍ المتأخِّرين، كالشيخ القصَّار وابنِ عاشر وأبي زيد الفاسيّ وعبد القادر الفاسي وأضْرابِهم؛ ويُعبِّرون عن الخلوِّ المذكور بالجلسة، وجَرَى العُرْفُ بها لِمَا رَأوْه من المصلحة فيها،

(١) الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ص/٤٦٩-٤٧٠، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص/٤١٦، الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس ٣٦٢.

فهي عندهم كِراءٌ على التَّبقية»[(١)].

والمجوِّزون للخُلوِّ من المالكيَّة اعتَمَدوا في القول بالجَواز على المصلحة المرسلة؛ فقد اعتبَرها **التماق** في رسالته التي ألَّفها في المسألة من **المصلحة الكُلِّية الحاجيَّة**؛ أي إنَّها من المصالح المرسلة الواقعة في الرُّتبة الثَّانية من مراتب المصالح، إضافةً إلى أنَّ الحاجة إليها ليست خاصَّة بفرد من الأفراد، بل إنَّ فيها احتياجًا عامًّا؛ فلذلك جَرَى العُرفُ بها[(٢)].

ووَجْهُ المصلحة في ذلك: أنَّ كثيرًا من الحوانيت والأراضي الوقفيَّة ممَّا يُحتاج لصلاحيَّتها للانتفاع بَذْلُ مالٍ ونفقات لتهيئتها لمزاولة النَّشاط الذي يُلائم طبيعةَ الحانوت أو الأرض؛ لكن النَّاس يُحجِمون عن كِراء هذه الحوانيت والأراضي لأنَّهم يَتوقَّعون إبطالَ الكراء وانتهاءه، فتَذهَب نَفقاتُهم في التَّهيئة والإصلاح هَباءً؛ فرَأَى بعضُ فُقهاء المذهب المالكيّ أنْ يُؤبِّدَ كِراءَ تلك الأحباس التي ليس لها أموالٌ تُنفق على تلك الحوانيت والأراضي للإصلاح والتَّهيئة[(٣)].

وللمالكية تفصيلٌ في بعض وُجوه الخلو. وفي بعضٍ منها نَظَرٌ قويٌّ من بعض المالكية في المنع؛ لما في ذلك من تَضْييعٍ للأوقاف، وسُوء تصرُّف فيها من قِبَل النُّظار.

---

(١) عليش، منح الجليل ٧/ ٥٢، الوزاني، شرح عمليات فاس ٣٦٢.

(٢) الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ص/ ٤٧٤؛ نقلا عن إزالة الدلسة.

(٣) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٣.

المسألة الخامسة

جواز الاستناد إلى آثار الأقدام في إثبات السرقة ونحوها اعتمادا على المصلحة المعتبرة

ومن الأمثلة على الاستناد إلى المصالح المرسلة، ما أفتى به بعضُ المتأخِّرينَ من المالكيَّة مِن جَواز الاستناد إلى آثار الأقدام لإثبات السَّرقَة؛ حِفظًا لأموال النَّاس وتَلافيًا للفَساد العامِّ.

وقد أفتى بهذه الفَتوى عالمٌ من علماء الجزائر[١] يُعرَفُ بخليفةَ بنِ حَسَن في المائة الثَّالثة عشر؛ إذْ كان قومُه بارِعين في اقتفاء الأثر ومَعرفتِه، فجَعَل من الأثر دَليلا يُستَنَدُ إليه للاتّهام بالسَّرقة وإثباتها؛ اعتِمادًا منه على المصلحة الكُلِّيَّة في حِفْظ الأموال الثَّابتِ اعتِبارُها على وَجْه القطع. وقد أنْكَر على هذا الفقيهِ فَتواه فُقهاءُ بَلْدةٍ تُعرف بـ: «خنقة»؛ وكان مُرتَكَزُ اعتراضهم على أنَّ هذه المصلحة لا شاهدَ لها بالاعتبار الخاصِّ؛ فأنشأ قَصيدةً أجابهم فيها، وضمَّنَها مُستَنَدَه في فُتياه، ورَدَّه على ما اعترضوا به عليه؛ قال رحمه الله[٢]:

---

(١) من قمار من بلد سوف. محمد الخضر، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم ١٨٠. وله نظم لمختصر خليل بن إسحاق، مطبوع قديما في مصر، سَمَّاه: «جواهر الإكليل في نظم مختصر خليل».

(٢) محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٦-٦٧، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم ١٨٠.

إلى السَّادة الأشرافِ من أهل «خنقة» لهم في نُدور الواقِعات نَقولُ:
تمسَّكتُم بالأصل، والحقُّ واضحٌ ولا يُنكِرُ المعلومَ إلَّا جَهولُ
ولكنْ إذا عمَّ الفسادُ بحادِثٍ، تقدَّمَ أصلاً، والقياسُ دليلُ
كتَضمين سِمسَارٍ وتغريمِ صانِعٍ؛ وما هو إلَّا مُودعٌ ووَكيلُ
ومن ذاك: ما قدْ جوَّزُوا في سفاتج إذا عمَّ بالخوف الشَّديدِ سَبيلُ
وفي كُلِّها خُلْفُ الأُصول؛ لأنَّها مصالحُ عمَّت، والصَّلاحُ جَميلُ
ومِنْ أَدَب المسؤول قَبْلَ جَوابِه إذا وَرَدَتْ يوما عليه سُؤول-:
تَعَرُّفُ عُرْفِ السَّائلين بأرضهم؛ ليَعلَم ما يُفتي به ويقولُ
وما أنتُمُ منَّا بأعلَمَ بالذي به الضّرُّ يُكْفَى عندنا ويَزولُ
فلو أُهمِلَتْ آثارُ سُرَّاقِ أرضِنا لكان فَسادًا للخَراب يَؤُولُ
وفي الأخْذ بالآثارِ إصلاحُ أمرِنا وفي التَّرْكِ عن قَصْدِ السَّبيلِ عُدولُ
فعِرْفانُكَ الخطَّ الذي غابَ ربُّه لعِرفانِ أثر المُستَراب عَديلُ[1]

وممَّا اعتَرَضَ به فُقهاءُ «خنقة» على الشَّيخ خليفة بن حسن: أنَّ النَّظرَ في المصالح المرسلة التي لا شاهِدَ لها بالاعتبار الخاصّ، إنَّما هو مَوْكولٌ إلى نَظَر المجتهِدين؛ أمَّا مَنْ لم يُبارِح مَنزلةَ التَّقليد، فليس من هذا الأمر في قَبيل ولا دَبير[2].

وهذا الاعتراضُ الذي اعتُرِضَ به يدُلُّ على أمرين:

الأوَّل: أنَّ التَّقليد غير المتبصِّر لبعض الفُقهاء -رحمهم الله-

(١) محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٦-٦٧، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم ١٨٠.
(٢) المرجعان السَّابقان.

في العُصور المتأخِّرة، كان له أثرٌ في الرُّكود الحَضاريِّ للأُمَّة؛ إذْ لا تقوم للحَضارة ساقٌ إلَّا وهي ناهِجةٌ نَهْجَ المصلحة التي تتطلَّبُها طبيعةُ الزَّمان والمكان؛ فإذا جُعِلَ النَّظرُ في المصالح المرسلة من مُهمَّة المجتهِدين، ثمَّ ادُّعِيَ أنَّ الاجتهاد أُوصِدَ الباب دونه، وقضى أهلُه القائمون به؛ فالنَّتيجةُ هي تَعْطيلُ المصالح، وتَطْريقُ النَّاس في أنْ يَتلمَّسُوا الصَّلاحَ في غير الشَّريعة الغرَّاء.

الثَّاني: أنَّ الأمَّة مع ما كانت عليه من أثر التَّخلُّف لم تَعدِم «عُلماء يَفْقهون أنَّ أحكامَ الإسلام واردةٌ لحفظ المصالح، ودائرةٌ على مُقتَضى الحاجات»[1]، كخليفة بن حسن رَحِمَهُ ٱللَّهُ.



(١) محمد الخضر حسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٦.



الفَصْلُ الثَّانِي

الاستحسانُ في المذهب المالكيّ

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ هي:

- **المبحث الأول**: الاستحسان: المفهوم والمضمون.
- **المبحث الثاني**: الاستحسان في المذهب المالكي: حجية، وأقساما، وشروطا، ومجالَ إعمالٍ، ومقتضيات الأخذ به.
- **المبحث الثالث**: الاستحسان في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيته، والاعتراضات الواردة عليه، وعلاقته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب.
- **المبحث الرابع**: الشواهد التطبيقية للاستحسان في المذهب المالكي.



المبحث الأول

الاستحسان: المفهوم والمضمون

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ هي:

المطلب الأول: الاستحسان: مفهومه في اللُّغة والاصطلاح المالكيّ.

المطلب الثاني: أركان الاستحسان.

المطلب الثالث: المصطلحات ذات الصلة بأصل الاستحسان.

المطلب الرابع: مذاهب العلماء في الأخذ بأصل الاستحسان.

المطلب الأوّل

الاستحسان
مفهومه في اللّغة والاصطلاح المالكيّ

● **الفرع الأول: الاستحسان لغة:**

استحسن المرءُ الشَّيءَ: عَدَّه حَسنًا[(١)].

فمحصِّلُ معنى الاستحسان: اعتقادُ المرء حسنَ الشَّيء، بغضِّ النَّظر عن واقعيَّة الحُسن في الشَّيء المستحسن؛ فلكلٍّ النَّاس مذاهِبُ فيما يَستحسنونه، وفيما يستبشِعونَه ويستقبحونه.

● **الفرع الثَّاني: الاستحسان: مفهومه اصطلاحا عند المالكية:**

أصلُ الاستحسان قد أثارَ بين أهل الأصول اعتِراكًا حادّا ومُساجلاتٍ طويلةً، بين قائلٍ به ناصرٍ له، وبين مُنكِرٍ له مُشنِّع على مَن استمسك به؛ ولقد بَرَزت هذه المنازَعةُ جَليًّا في عَهْد الإمام الشَّافعي رضي الله عنه الذي ألَّف فيه كتابا وَسَمه بـ: «إبطال الاستحسان»، فحَمَل فيه الغارَةَ على مَنْ جَعَل الاستحسان من المدارك الشَّرعيَّة التي تكون من مُتمسَّكات المجتهد في اجتهاده؛ فعدَّ الشَّافعي رحمه الله الاستحسان تلذُّذا[(٢)]، ونُقِلَ عنه أنَّ مَن استحسن

---

(١) الجوهري، الصَّحاح، ٥/٢٠٩٩، ابن منظور، لسان العرب ١٣/١١٧.

(٢) الشافعي، الرسالة ٥٠٧.

فقد شَرَع[١]، إلى غير ذلك من العبارات التي تَطوي في ضمنها بالغَ الاستشناع ونهايةَ الاستنكار. ونجد إنكار الشافعي للاستحسان، في كتاب «الرسالة»[٢]، كذلك.

ولكنَّ الأئمَّة الذين اتَّخذوا من الاستحسان مُدْرَكا شرعيًّا، أنكروا أنْ يكون الاستحسانُ الذي يَقولون به تحكيما للهوى واتِّباعًا له، فرُجوعُهم في الاستحسان إلى أدِلَّة الشَّرْع، فما تَرَكوا القياسَ في مُقابِل الاستحسان إلا لدَليلٍ أقْوَى في نَظَرهم واجتهادهم. ويظهر أنَّ الشافعيَّ وَجَد في كلام أهل العراق قَولهم «القياس كذا، والاستحسان كذا»، فنَكِرَ هذا المسلك منهم، ورَأى ذلك تَرْكًا لموضع الحُجَّة من القياس، وذَهابًا مع ما يُعطيه العَقْلُ بلا رجوع إلا الشَّرْع وأدلَّته.

والذي يَبرز عند النَّظَر في تاريخ أصْل الاستحسان، عَدَمُ الوُضوح في معناه في بَداءة أمره، إذْ مقابلة الاستحسان بالقياس، لا يُفيد مَضمونَه، بل هو مُثيرٌ للإنكار بادئ الرأي. وكان على مَن قال به أنْ يُفصح عن مضمومه إفْصاحًا يُبين به للمُخالفين قَصْدَه منه، قال ابنُ عاشور: «وعندي أنَّهم لَوْ شَرَحوا مُرادَهم ولَوْ بتأويل، لَمَا أحْوَجوا الشَّافعيَّ إلى ذلك القِيل»[٣].

---

(١) الغزالي، المستصفى ١/ ٤٠٩. قال التاج السبكي: «حتى قال الشافعي -فيما نقل عنه الثقات-: من استحسن فقد شَرَع. وأنا لم أجد إلى الآن هذا في كلامه نَصًّا...». الأشباه والنظائر ٢/ ١٩٤.

(٢) الشافعي، الرسالة، ص ٥٠٣، وما بعدها.

(٣) ابن عاشور، حاشية شرح التنقيح، ٢/ ٢٢٩.

والذي يَظهر لي أنَّ من أسباب عَدَم الوُضوح في هذا الأصل، مِمَّا أفْضَى إلى خِلافٍ كبيرٍ فيه:

أوَّلا: إنَّ الاستحسان يُعدُّ من أدقِّ مسالك الاستدلال والاحتجاج؛ لوُقوعه - كما سيأتي - بين أدلَّة مُتعارِضَة مُتدافعة، ممَّا أدَّى القائلين به إلى الاختلاف في تحديد مفهومه؛ فدِقّةُ معناه وخفاؤه في ذاته كان من أجلى أسباب هذا الاضطراب؛ فالآخذُ بالاستحسان هو آخذٌ بدقيق العلم، ولطيفِ المعنى. والمعاني الدّقيقةُ والمسالكُ الخفيّة يَعسُر - خاصّة في البداءات - إبرازُها في حدود لفظيَّة؛ وهذا الذي وقع في مفهوم الاستحسان، فقد عرّفه بعضُهم - كما سيأتي - بقولهم: «هو دليلٌ ينقدح في نفس المجتهد تقصُر عنه عبارتُه، فلا يقدر على أن يتفوّه به»[1]. وعقّب عليه أبو العباس القرطبيّ بقوله: «ويظهر أنّ هذا أشبهُ ما يُفسّر به»[2].

وهذا الأمرُ ليس خاصًّا بعلم الأصول، بل هو شامل لكلّ العلوم وعامّ في كلّ الفُنون؛ فمثلا: نجد في علم الحديث كثيرًا من أهله يَعُدُّون الوُقوفَ على عِلَّة الحديث علمًا تقصُر ألسنتُهم عن الإفصاح عنه، فربَّما يُنكرون الحديثَ ويَدفعونه، فإذا سُئلوا عن سبب الإنكار لم يكُن لهم من جواب إلّا المعرفة، ويقولون: أرأيتَ لو أتيتَ النَّاقِدَ فأريتَه دَراهمَك، فقال: هذا جيِّد، وهذا بهرج؛

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ١٠٢، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٣.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٣.

أَكُنتَ تسألُه عمَّن ذلك، أو كنتَ تُسلِّم الأمر إليه؟![1].

وأهلُ الحديث إذا أنكروا بعض الأحاديث، فإنَّما كان ذلك لأسباب خفيَّة وعلل دقيقة، وإبرازُها يحتاج إلى عارِضة قويَّة، وقصورُ بعضِهم عن بيانها لا يَدُلُّ -أبدًا- على استحالة تجليتها، فهذا الحافظ ابنُ رَجَبٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كتابه الماتِع: «شرح علل التِّرمذيّ» أبرز كثيرًا من هذه الأسباب والعلل التي يَستنِد إليها أهلُ الحديث في تعليلهم الأحاديثَ ونَقْدِهم الأخبارَ؛ فدلَّ هذا على أنَّ تلك المقالاتِ خَرَجَت على جهة صُعوبة إبداء المستند لا على استحالته؛ وما يكون عَسِرًا على البعض فهو ميسورٌ للبعض الآخر.

واعتَبِرْ هذا -كذلك- في البلاغة، فقد كانت قبل الإمام الجُرْجاني ذَوقِيَّاتٍ لا يَرجِعُ فيها النَّاسُ - في الأغلب - إلى قَوانين مُحْكمة أو ضوابط مُحرَّرة؛ وإنَّما هو الذَّوْقُ والمعرفة. لكن ذلك لم يَكُنْ مانِعًا من أنْ يُحرِّر الجُرْجانِيُّ قواعِدَ البلاغة وقوانينَها في كتابيه العظيمين «دَلائل الإعجاز» و«أسرار البلاغة»؛ رحمه الله وأعْلَى مَقامَه.

لهذا قال القاضي ابنُ العربيِّ عن الاستحسان: «وأما أصحابُ مالِكٍ فلَمْ يَكُنْ فيهم قَوِيُّ الفِكْر[2] ولا شَديدُ العارِضَة يُبْرزه إلى الوجود...»[3].

---

(١) ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم ٢/ ١٠٦، وانظر: ابن أبي حاتم، تقدمة الجرح والتعديل ٣٤٩- ٣٥١.

(٢) في نسخة مكتبة الملك عبد العزيز: «الفَكّ».

(٣) ابن العربي، المحصول في علم الأصول ص/ ١٣٠.

وقال أبو العباس القبّاب مُبيِّنًا دِقَّةَ أصل الاستحسان-: «**ولقد ضاقَتْ العِبارَةُ عن معنى أصل الاستحسان**، حتى قالوا: أصحُّ عبارة فيه أنه «معنى ينقدح في نفس المجتهد تَعسُر العِبارَةُ عنه»»[١].

وفي مثل هذا يُروَى عن الشَّافعيِّ الإمام قولُه، إذْ سأله يونس بن عبد الأعلى عن مسألة-: «أَجِدُ بَيانَها في نفسي، وليس يَنطِلقُ به لساني»[٢].

ثانيا: ومن الأسباب التي أدَّت إلى هذا التَّبايُنِ: الاختلافُ بين القائلين بالاستحسان في تحديد مفهومه؛ إذ الاستحسانُ عند المالكيَّة يَختلف نوعًا ما عن الاستحسان عند الحنفيَّة[٣].

● **اختلافُ المالكية في تَحْديد مَفْهوم الاستِحسان في المذهب:**

لقد تباينت تعريفاتُ الأصوليّين لمفهوم الاستحسان تباينا يكادُ يُوقع النّاظر في الذُّهول ويورثُه الحيرة. وكما وَقَعَ الخلاف في تعريفه بين القائلين به نجِدُ أنّ الذين أنكروه ونَفَوا كونه حجَّة ودليلا شرعيّا عرّفوه بخلاف مفهومِه عند من قال به.

وقد وقع بعضُ هذا الاختلاف في تفسير الاستحسان الذي يقول به المالكيَّة؛ قال ابنُ رشد الحفيد: «..وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالكٌ كثيرا؛ فضعَّفه قوم وقالوا إنَّه مثل استحسان أبي حنيفة، وحدَّدوا الاستحسان بأنَّه قولٌ بغير دليل.

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٨٠.

(٢) الجرجاني، الوساطة بين المتنبي وخصومه ٤٣٠.

(٣) السنوسي، اعتبار المآلات ٢٩٢.

ومعنى الاستحسان عند مالك هو...»[١]، وقال الباجيّ: «وقد اختلفت تأويلاتُ أصحابنا في الاستحسان»[٢].

وفي هذا المقام أُورِدُ كلَّ ما وَقفتُ عليه من تعريفاتٍ وتقريباتٍ لمفهوم الاستحسان، لأخلُصَ بعد ذلك إلى مفهوم يكون أقربَ إلى مُراد مالك وأصحابه. وممَّا ينبغي أن يُنبَّه له في هذا المقام أنَّ التَّعريفات المختلفة والمُتباينة ممَّا لا يستقيم أنْ تُهمَل أو أن لا يُعتَنى بها؛ إذ الصَّواب اعتبارُها وسَبرُها ومُحاولةُ التَّقريب بينها؛ هذا لأنَّ مَن يتصدّى لتعريف بعض الحقائق إنَّما يُعرِّف ما انقدح عنده من معناها؛ وقد يكون هذا التَّعريف والتَّقريب ممَّا لم يقع على حقيقة المعرَّف من جميع جِهاته، فيكون فيه قُصور؛ لكنْ أن يكون التَّعريفُ لا صِلَةَ له بالمعرَّف به، فهذا ما يُستبعَدُ أن يقع لأهل العلم. وعليه، فالتَّعريفُ وإنْ قصُر فإنَّ مُعرِّفَه قد تعلَّق بطَرَفٍ من حقيقة الشَّيء المعرَّف؛ لذلك كان تتبُّع كلام العلماء في التَّعاريف أجود الطّرق للكشف عن حقائق المعاني ومَضامينها على جِهة الشُّمول والاستيعاب.

التعريف الأوَّل: مَن فَسَّر الاستحسان بأنه دليل ينقدح في النفس:

قال الدَّردير في «الشرح الكبير» مُعرِّفًا الاستحسان: «وهو معنى **يَنقدِحُ في ذِهْن المُجْتهِد تَقْصُر عنه عبارتُه**»[٣]، وتَبِعَه على هذا

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ٧٢.

(٢) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٥.

(٣) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ١٠٢.

التّعريف الصَّاوي[١] وهما تابعان لغيرهما فيه.

والمرادُ **بالمعنى** دليلُ الحكم الذي استحسنه[٢]، وأمَّا الحكم فيجب أنْ يُعبِّرَ عنه ضرورةً.

وهذا التَّعريف لاقى كلَّ الاعتراضِ من جُمهور المالكيَّة[٣] وغيرهم؛ ومكمَن الاعتراض فيما يلي:

أوَّلا: ما لا يُقدَرُ على الإبانة عنه، ليس يُدْرَى هل هو حقٌّ أو باطلٌ؟ وهل هو حقيقة أو وهم وخيال؟ قال الغزالي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وهذا هَوَسٌ؛ لأنَّ ما لا يُقدر على التَّعبير عنه لا يُدْرَى هو وهم أو تحقيق؟»[٤].

ورَدَّ عليه القرطبيّ فقال: «...ما يحصل في النَّفس من مجموع قرائن الأقوال[٥] من علم أو ظنٍّ، لا يتأتَّى عن دليله عبارةٌ مُطابقةٌ له. ثمَّ لا يلزم من الاختلال بالعبارة الإخلالُ بالمعبَّر عنه، فإنَّ تصحيح المعاني بالعلم اليقيني لا بالنّطق اللَّفظي»، قال: «ويظهر لي أنَّ هذا أشبهُ ما يُفسَّر به الاستحسان»[٦].

(١) الصاوي، بلغة السالك ٣/ ١٤٦.

(٢) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ١٠٢.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٩٣، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٧، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٠.

(٤) الغزالي، المستصفى ١/ ٤١٣، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٣. ووقع في «البحر» تحريف كلمة: «هوس» إلى: «هو بين». وانظر: الاعتصام ٣/ ٩٣ فقد رد الشاطبي هذا الحدّ وبالغ فيه.

(٥) كذا.

(٦) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٣.

وقال ابنُ تيمية: «وقد قال مَنْ طعن في ذلك -كأبي حامد وأبي محمد-: «ما لا يعبر عنه فهو هوس»، وليس كذلك؛ فإنه ليس كلُّ أحَدٍ يُمكِنه إبانةُ المعاني القائمة بقلبه، وكثيرٌ من الناس يُبينها بيانًا ناقصا»[1].

ثانيا: أنَّ القُصور في العبارة عن الأدلَّة من المجتهد غيرُ مُتصوَّرة؛ قال الشّيخ محمد الخضر حسين: «ومَن هذا الذي وَصَلَ إلى رتبة استنباط الأحكام ولا يستطيع أن يُعرِبَ عمَّا في ضَميره، ويدلَّ على ما خَطَرَ له من المعاني؟!»[2].

ويُردُّ على هذا بما تقدّم قريبًا من كلام القرطبي؛ إذْ لا يلزم من الاختلال بالعبارة الإخلالُ بالمعبَّر عنه؛ وأنَّ تصحيح المعاني بالعلم اليقيني لا بالنطق اللَّفظي.

ثالثا: إنَّ عَدَّ ما كان على هذا المنوال من اللّجوء إلى عُسر العبارة في تعريف الأدلَّة ممَّا يفتح الخَرق في التَّشريع، ويُشْرِعُ للفساد بابًا عظيما؛ إذْ لا تجِدُ صاحب بدعة أو مذهب ردِيّ إلَّا وهو يدَّعي أنَّ له متمسَّكا يقصُر بيانُه أنْ يبلُغه[3].

والذي يظهر لي أنَّ هذا الذي تقدَّم ليس تعريفا للاستحسان من القائلين به؛ إذْ مَفادُه راجعٌ إلى تقريبٍ لما يَجدُه المستحسِنُ في نفسه عند الاجتهاد الذي يستند إلى الاستحسان؛ فهذا التَّقريب هو تعبيرٌ عن

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١٠/ ٤٧٧.

(٢) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٧٢، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٧.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٩٣، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٧٢.

حالة شُعوريَّة تَعتلِجُ في نفس المجتهد، فهو يقِفُ على الحكم ويَطمئنُّ له مُستندا إلى دليل الشّرع؛ إلَّا أنَّ البيان عن ذلك يقِف دون الكشف عنه في قَوالب لفظية وصِيَغٍ كلامية؛ وهذا كما نُقِل عن الشَّافعيّ: «أجدُ بيانها في نفسي، وليس ينطلق به لساني»[١]. فمَنْ قال ما قال لم يكُن يقصِدُ إلى تعريف حقيقة الاستحسان؛ وإنَّما كان قَصْدُه إلى إبراز دِقَّة هذا المسلك وعُسر العبارة عنه؛ على أنَّ المتمسِّك به ليس مُتمسِّكا بهواه، وإنَّما تمسّكه بدليل شرعيّ يطمئنُّ له؛ وهذا مفاد قولهم: «وهو معنى أو دليل ينقدح...».

التعريف الثاني: مَنْ عَرَّف الاستحسان بأنه الأخذ بأقوى الدليلين:

مِن أوائل من عُنُوا بتعريف الاستحسان في المذهب المالكيّ وإبداءِ حقيقة مَضمونِه، إمامٌ من أئمَّة المدرسة العراقيَّة التي كان لها أهمُّ اضطلاع في تدوين أصول الفقه المالكيّ؛ وهذا الإمام هو ابن خويز منداد البصريّ[٢]، فقد عرَّف الاستحسان في كتابه «الجامع لأصول الفقه» بقوله: «ومعنى الاستحسان عندنا: هو القول بأقوى الدليلين»[٣].

---

(١) الجرجاني، الوساطة بين المتنبي وخصومه ٤٣٠.

(٢) تُوفِّي في نهاية القرن الرابع.

(٣) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٥، الإشارة ٣١٢، إحكام الفصول فقرة ٧٤٩، ونقل ذلك عنه الزركشي في البحر المحيط ٨/ ٩٧، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٠، العلوي، نشر البنود٢/ ١٦٦، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٧٠، المشاط، الجواهر الثمينة ٢١٩.

ومُقتضى هذا التَّعريف أنَّ الاستحسان يكون في حال تعارُض الأدلَّة فيما بينها، فيُقدِّمُ المجتهد من ذلك أقوى الأدلَّة وأرجحَها، فيكون هذا التَّرجيح استحسانا[١].

غيرَ أنَّ هذا التَّعريف من ابن خويز منداد لم يَجْلُ مضمونَ الاستحسان ولم يُفضِ إلى حقيقته؛ إذْ تعريفه هذا يُدخِلُ في الاستحسان كلّ ترجيح يقع للمجتهد، سواء أكان التعارُض بين آيتين أو بين حديثين أو بين قياسين؛ فيلزم من هذا التّعريف جعلُ الفقه كلِّه استحسانًا؛ إذْ لا تخلو مسألةٌ من تعارض الأدلَّة فيها، وعملُ المجتهد حينها النّظرُ في أقواها لتقديمه والعمل به[٢].

ومَكْمَنُ الاعتراض على هذا التّعريف مُتوجِّه في أنَّه لم يُبيّن حقيقة الدّليل المرجوح، وحقيقةَ الدَّليل الرّاجح، والسّبب الدّاعي للتّرجيح.

والذي أفاده تعريفُ ابن خويزمنداد أنّ من حقيقة الاستحسان وُجودَ تعارُض بين دليلين، فيستحسن المجتهد تقديم الدّليل الأقوى عنده.

وجرى القاضي ابنُ العربيّ على تعريف ابن خويزمنداد بأنّه عمل بأقوى الدّليلين؛ إلّا أنَّه زاده بيانا ووُضوحا فأَبرز أركانَ الاستحسان وعناصرَه المكوّنة له؛ قال ابنُ العربي: «والاستحسانُ عندنا وعند الحنفية هو العَمَلُ بأقوى الدليلين...»[٣]. وسيأتي قَريبًا تحليلُ تعريفه.

---

(١) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٥.

(٢) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٥.

(٣) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨-٢٧٩.

وسارَ ابنُ رشد الحفيدُ والشّاطبيّ على خُطى ابنِ خويزمنداد وابنِ العربيّ في عدّ الاستحسان عَمَلاً بأقوى الدَّليلين:

قال ابنُ رشد الحفيدُ: «وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يَذْهَبُ إليه مالك كثيرا، فضَعَّفه قومٌ وقالوا: إنه مثل استحسان أبي حنيفة، وحدَّدوا الاستحسان بأنَّه: «قولٌ بغير دليل». **ومعنى الاستحسان عند مالك: هو جَمْعٌ بين الأدلَّة المتعارضة**، وإذا كان ذلك كذلك، فليس هو: «قول بغير دَليل»»[1].

وقال الشَّاطبي بعد أن أَورَدَ تعريفات المالكيّة والحنفية للاستحسان-: «والذي يُستَقْرَى من مذهبهما أنَّه يَرجع إلى **العمل بأقوى الدليلين**. هكذا قال ابنُ العربي، قال: العُموم إذا استمَرَّ... هذا ما قال ابنُ العربي، ويُشْعِرُ بذلك تفسيرُ الكَرْخِيّ أنّه العُدول عن الحكم في المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه، لوَجْه أقوى»[2].

وهذا ما فسّر به الشيخ الطّاهر بن عاشور مُصطَلَح مالك في قوله: «فهو شيء استحسنته من قول العلماء»؛ قال ابن عاشور -في سَوْقه لمصطلحات مالِكٍ التي رواها ابنُ أبي أويس-: «وقوله قبل ذلك «فهو شيء استحسنتُه من قول العلماء» أي: **رَجَّحتُه**. فهذا مرادُه بالاستحسان هنا، وهو **الأخذ بأرجح القولين، أو أقوى الدّليلين**»[3].

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ٧٢.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١٣٧-١٣٨.

(٣) ابن عاشور، كشف المغطى ١٧-١٨. وله كلام مشابه له في «حاشية التوضيح»، حيث فَسَّر الاستحسان في كلام مالِكٍ بالترجيح بين الدَّليلَين.

وقال ابنُ عاشور في «حاشية التوضيح» مُبيِّنا معنى الاستحسان في كتب الفقه المالكي، ومُبرِزًا المرجِّحات التي رَجَّحت دَليلا على آخَرَ: «الاستحسانُ قد أطلَقه فُقهاؤُنا على معنى **ترجيح أحَدِ الدَّليلين على الآخَر بمُرجِّح مُعتَبَرٍ**، ليس في الشَّرْع ما يُخالِفُه، وقد استقرأتُ لهم من هذا معاني خمسةً، وهي:

الأخْذُ بالعُرف، أو الاحتياط، أو ما استقرَّ عليه عملُ أهل العلم كالصَّحابة والتَّابعين، أوْ ترجيحُ أحَد الأثرَيْن على الآخر، أوْ عُدولٌ عن قياس وإنْ كان جلِيًّا إلى آخَرَ وإنْ كان أخْفى منه، لأنَّ المعدول إليه أوْلَى بالاعتبار لمعضِّدات»[1].

والشَّاطبي وابنُ رشد الحفيد وابن العربي وابن عاشور حينما وافقوا ابن خويز منداد على أنَّ الاستحسان هو عمل بأقوى الدليلين، لم يَقِفوا عند هذا القدر، وإنَّما زادوا في البيان والكَشْف، كما سيأتي.

«والاصطلاحُ وإنْ كان لا مُشاحَّة فيه؛ إلَّا أنَّ مناسبة الاسم للمسمّى ممّا يَجْدُر بالمصطلِحين اعتباره»[2]، وعليه، فوَجْهُ تسمية الأخذ بأقوى الدّليلين استحسانا: أنَّ فيه اختيارًا للأحسن، وهذا إنَّما يكون في شيئين حسنين، وإنَّما يُوصَفُ القولُ بالحسن إذا جاز العمل به لو لم يُعارِضْه دَليلٌ[3].

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٩.

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

(٣) آل تيمية، المسودة ٢/ ٨٣٨.

ثُمَّ أقول بعد هذا: إنَّ مَنْ نَقَل تعريف ابن خُويز منداد، قَصَّر في نَقْله تقصيرًا بالِغًا، إذْ لكلام ابن خُويز منداد تتمَّةٌ هامَّةٌ أبان فيها عن كثير من جِهات الانتقاد التي قدمتُها على تعريفه. وقد نَقَل ابنُ فرحون في كتابيه «كشف النقاب الحاجب» و«التبصرة» كلامَ ابن خويز منداد من كتاب الجامع لأصول الفقه، والنقلُ أتم في كتاب «التبصرة» منه في كتاب «كشف النقاب». وسأسوق في هذا الموضع تمام كلامه مما له صِلَةٌ ببيان مفهوم أصل الاستحسان عند المالكيِّين:

قال ابن خويز منداد في كتاب «الجامع لأصول الفقه»: «**عوَّل مالك رضي الله تعالى عنه على القول بالاستحسان، وبَنَى عليه أبوابا، ومَسائلَ من مذهبه**. وأنكره بعضهم، وشنَّع على القائلين به. **ومعنى قولنا استحسان** [عندنا]: **هو القولُ بأقوى الدَّليلَين**؛ وذلك أنْ تكون **الحادثةُ مُتردِّدةً بين أصلين**، وأحَدُ الأصلين أقْوى بها شَبَهًا وأقْربَ؛ والأصلُ الآخر أبعدَ؛ إلا مع **القِياس الظَّاهر**، أو **عرفٍ جارٍ**، أو **ضَرْبٍ من المصلحة**، أو **خوفِ مفسدةٍ**، أو **ضَرْبٍ من الضَّرَر والعُذْر**؛ فيُعدَل عن القياس على الأصل القَريب إلى القياس على ذلك الأصْل البَعيد. وهذا من جنس وُجوه الاعتبار، وأتمّ طريقةٍ للقائسين، كما تقول: إنَّ القياس أنَّ بيع **العرايا** باطلٌ، ولكنْ جاز ذلك للسُّنَّة. وكما تقول إنَّ الرُّعاف والقيءَ سواءٌ، ولكنْ جاءت السنة بالبِناء في الرُّعاف فخصَّصناه، وأشباه ذلك...»[1].

يُؤخَذ من كلام ابن خويز منداد أُمورٌ:

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠، كشف النقاب ١٢٥-١٢٦.

- تَجاذُب الفرع من أصلين، يَكون أقربَ من أحدها وأقوى شبها به، لكنْ تأيَّد الأصلُ الآخر البعيدُ ببعض المعضّدات رَجَّحته على الأصل الأول، وعَدَلت به عن المقايسة به.

- ثم بيَّن المعضِّداتِ التي بها كان ترجيحُ ردِّ الفَرْع إلى الأصل البعيد على الأصل القَريب الأقوى شَبَهًا به. وذلك: **القياسُ الظاهِرُ، والعُـرْفُ الجاري، والمصلحةُ، وخَوْفُ المفسدة، والضَّرَر، والعُذْر.**

- وضَرَبَ بعض الأمثلة في ذلك من بعض الاستحسانات الشرعية، التي أُلْحِقَ بها الفرعُ بغير الأصل الأقرب؛ وذلك: العَرايا؛ فقد أجازته السنةُ، على أنه مُخالفٌ للأصل القريب، وهو المزابنة. وحُكِم بالسنة في الرُّعاف بالبناء، ففُرِّق بينه وبين القيء، على أنَّ القياس الذي يَبتدِر الأذهانَ، أنَّ حُكْم الرُّعاف حُكْمُ القيء في عَدَم البناء.

وظاهِرٌ من كلام ابن خويز منداد أنه أراد من تردُّد الحادثة بين أصلين: تجاذبَ الفرع من قِياسين مُتعارضين، أحدُها أقربُ، والآخر أبعد. وهو ما يُسمِّيه الحنفية: قياسًا ظاهِرًا، وقياسا خفيًّا.

وإنْ نَظرنا إلى المعضِّدات التي تأيَّد بها الأصلُ البعيدُ، نَجِد أنَّ **المصلحةَ، وخوف المفسدة، والضرر، والعذر،** مِمَّا تلج في البابة نفسها، وهي المصلحة، بمفهومها الواسع. فتَرْكُ المفسدة مصلحة، ورَفْعُ الضَّرَر صَلاحٌ، ورَعْيُ العُذْر في التخفيف ليس بخارج عن معنى المصلحة. كما أنَّ العُرْف الجاري، على ما سنُحقِّقُه، هو راجِعٌ إلى اعتِبار المصلحة، لأنهم يُريدون من العُرف العُرْفَ الذي

يُقَرُّون عليه، وهو ما جَرَى به صَلاحُهم، والعادةُ أنَّ الناس مُخلَّوْن وأعرافهم ما لم يُتحقَّق المخالفةُ للشَّرْع فيها.

ويَبْقى قولُ ابن خويز منداد «**القياس الظاهر**»، ما أراد منه؟ هل أراد أنَّ ردَّ الفرع إلى الأصل البعيد اعتَضَد بقياسٍ آخَرَ ظاهِرٍ، أو أراد أنه مع ردِّ الفرع إلى الأصل البعيد، فإنه أظْهَرُ في القُوَّة، فالظُّهورُ هنا ظُهورُ قُوَّةٍ، لا ظُهور ابتِدارٍ إلى الأذهان؟ لا أدري!

والذي يَظهَر لي أنَّ ابن خويز منداد استَفاد كثيرًا في تقرير معنى الاستحسان من كلام الحنفية فيه. وانظُر مثالا على ذلك كلامَ أبي بَكْر الرازي في أصوله[1]، وقارِنْ بينهما. ومثلُ ابن خويز منداد، نَرَى أنَّ ابن العربي -كما سيأتي- اقتبَسَ من كلام الحنفية في تَقْرير مَعاني الاستحسان، مع لَحْظٍ لمذهب مالِكٍ في ذلك.

التعريف الثالث:

قال أبو عبيد الجبيري (ت ٣٧٨هـ): «...وقد تَرِدُ له رحمه الله نُصوصٌ في حَوادِثَ **عَدَلَ فيها عن الأُصول التي أصَّلَها**: إمَّا لخفاءِ العِلَّة فيها التي تُوجب البناءَ عليها، وتضطرّ إلى الرد إليها؛ أو **ضَرْبٍ من المصلحة**، إذْ كان من مذهبه رحمة الله عليه **الحكم بالأصلح** فيما لا نَصَّ فيه، ما لم يَمنَع من ذلك ما يُوجِبُ الانقياد له...»[2].

(١) أبو بكر الرازي، الفصول في الأصول، ٤/٢٢٣، وما بعدها.

(٢) الجبيري، التوسط بين مالك وابن القاسم، [نقلا من ملاحق مقدمة ابن القصر، تحقيق السليماني، ٢١٢-٢١٣].

وهذا النصُّ من الجبيري من أعزِّ النصوص وأقدمها في بيان مفهوم الاستحسان عند مالك، وإنْ لم يُصرِّحْ باسم الاستِحْسان في نصِّه المنقول. ويُؤخَذُ من كلام الجبيري:

أولا: أنَّ مالِكًا يعدل في مسائل عن بعض أصول، بمعنى أنه يَتْرُك القياس.

ثانيا: أنَّ سَبَبَ ترك القياس الظاهر أحد أمرين:

الأوَّل: «لخفاءِ العِلَّة فيها التي تُوجب البناءَ عليها، وتضطرّ إلى الرَّدِّ إليها». أي إنَّ العِلَّة خفيَت في تلك الحوادِث في نَظَره، فلم يلحقها بها. وليس هذا مما يَدخُل في مَفْهوم الاستحسان.

الثاني: وإمَّا أنْ يكون تركُ مُقتَضى القياس لضَرْبٍ من المصلحة رآها، إذ إنه كان يُعوِّل على المصلحة في فقهه. وهذا ما يُعرَفُ بالاستحسان المصلحي.

ثُمَّ يقول الجبيريُّ بعد ذلك، مُختارًا الاستمساكَ بالأصول الظاهرة وترك العدول عنها: «وهذا الضَّرْبُ من مسائله عَسيرٌ مطلبه، لأنه مغمورٌ مكنونٌ في جنب ما هو مبنيٌّ منها على الأصول التي قدَّمنا ذِكْرَها. فإذا وُجِدَ كان نادِرًا، وكان المختار استعماله من ذلك ما هو أوْلى به على أُصوله، وأمضى على مُقدِّماته، وأليق بمَعانيه وأغراضه، وإنْ أدَّى ذلك إلى ردِّ[1] نصِّ المسألة المأثورة عنه، لأنَّ اتِّباع الأصل المتيقَّن صحَّتُه أوْلى من اتِّباع عامٍّ من القول

(١) قال السليماني: مطموسة في الأصل. واقترح ما أثبته.

مُحتمل لوجود[1] الاحتمالات، قد تفرَّد بنقله مَنْ يجوز عليه السَّهْوُ والغَلَطُ»[2].

التعريف الرابع:

قال ابن أبي زيد القيرواني في بعض مسائل المذهَب التي لم يفهمها الظَّاهِريّ: «... وهذا وَجْهٌ من الاستِحْسان؛ **وهو التوسُّط في القَول عند تعلُّق الفَرْع بغير أصْلٍ واحِدٍ في التَّشْبيه**؛ وهذا غيرُ بَعيدٍ...»[3].

ولائحٌ مِنْ كلام ابنِ أبي زيدٍ، تَناولُه لوَجْهٍ من وُجوه الاستحسان، لذلك لا يكون ذلك تعريفًا للاستحسان، أو لكلِّ وجوهه.

ومُقتَضى نصّ الإمام ابن أبي زيد أنَّ النَّظَر في بعض الفُروع يُفْضي إلى تردُّدها في التشبيه بغير أصل، فيكون الفَرعُ مُتنازَعًا عليه بينهما، فليس يَخلُص لأصلٍ دون غيره. وعليه، ليس إلْحاقُ هذا الفَرْع بأصل من الأصلَين بأوْلى من إلْحاقه بغيره، لذلك يُجعَل حُكمُ هذا الفرع آخِذًا من حُكْم كُلٍّ من الأصلين، فيتوسَّط في الحكم على هذا الفَرْع.

وأكثرُ ما يكون هذا في المسائل التي يكون الخلافُ فيها قَويًّا،

---

(١) لعله: وجوه.

(٢) الجبيري، التوسط بين مالك وابن القاسم، [نقلا من ملاحق مقدمة ابن القصار، تحقيق السليماني، ٢١٣].

(٣) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١١٠/ب-١١١/أ. وشبيه بهذا قول ابن العربي: «... تردد الفرع بين الأصلين، وحكمه إذا تردَّد بينهما: أنْ يُوفَّر على كلٍّ واحد شَبَهُهُ ويُركَّب عليه حُكمُه. وهو أصعب مسائل النظر!». القبس ٢/ ٦٩١.

فلا يُمحِّضُ المالكيَّةُ في طَرْد أصلٍ بعَيْنه، حتى وإنْ كان هذا القولُ هو القولَ الراجِحَ لديهم في المسألة، وذلك لمكان قُوَّة دليل المخالِفِ، الذي لم يَسقُط بالكليَّة، لذلك نَجِدُهم يُخفِّفون من آثار قولهم، بعَدَم تَرْتيب بعض مُقتَضيات دَليل قولِهم. وهذا ما يُعْرَفُ عندهم بمُراعاة الخِلاف، ومَعروفٌ لَدَى العالمينَ بمذْهَب مالِكٍ، أنَّ أصل مُراعاة الخلاف أو قاعِدَة مُراعاة الخلاف هي من القواعد المرعيَّة في المذهب، والمعتَبَر بها فيه، إذْ مَشَى الإمامُ وكثيرٌ من أهل مذهبه في التفريع على هذه القاعدة، والنَّسْج على مِنوالها.

ومِمَّا يُنبَّه له: أنَّ قاعدة مُراعاة الخلاف مِمَّا أدرجَها بعضُ المحقِّقين في المذهب في سِلْك أصْل الاستِحْسان، كما سيجيء، لأنَّ الاستِحْسان في مَفهومه هو تَرْكٌ لطَرْد الدَّليل العامِّ في بعض مُقتضياته، لوَجْهٍ اقتضى التركَ في ذلك المحلِّ.

والمسألة التي ذكر فيها ابن أبي زيد هذا المفهوم للاستحسان، هي: أن الرجل إن تزوج بدرهمين، فإن أتمها ثلاثة، ثبتَ النكاح وإلا فسخ، هذا قبل البناء. أما بعد الناء، فيجبر على الإتمام.

ووَجْه المسألة: أنَّ هنالك أصلين:

الأصل الأوَّل: أنَّ من تزوج بما لا يَصِحُّ من الصَّداق، يُفسَخ قبل البِناء، ويَثبُت بعدَه بصداق المثل.

والأصل الثَّاني: نِكاحُ التفويض، إذا بَذَلَ أقلَّ مِنْ صَداق المثل، فلم تَرْضَ به، فُسِخَ النِّكاحُ، وإنْ أتَمَّه مَضَى ذلك؛ هذا قبل البناء. وإنْ دَخَل أُجْبِرَ على تَمام صَداق المِثْل، إنْ كان لم يَفْرض

شيئًا.

فترى ابنَ القاسم تعلَّق من كلِّ أصل بسبب، فلم يُمحِّض القياس على أصلٍ من الأصلين. إذْ تعلَّق بالأصل الأوَّل وهو عَدَمُ الإقْرار على هذا النِّكاح، لأنه تزوَّج بصَداقٍ دلَّت الدلائلُ عنده على عدم صحَّته. لكن لما جاء يُرتِّبُ على هذا الأصل مُقتضاه، وهو الفسخُ، رأى أنَّ مسألة تحديد أقلِّ الصَّداق مختلفٌ فيها، وليس المختلفُ فيه كالمتفق عليه، فنظر إلى الأصل الثاني -الذي فيه إتمامُ صَداق المثل إنْ أعطى أقلَّه مما لم ترض به المرأة-، إذْ له به شَبَهٌ، فحكَّمه في إتمام الصَّداق إلى ما يَصحُّ (وهو ثلاثة دراهم). وهذا الفرعُ ليس قياسا مُتمحِّضًا على الأصل الثاني، لأنه لو قاسه عليه: لكان مطلوبا بإتمام مَهْر المثل.

وهذا التفسيرُ لهذا الوَجْه من الاستحسان، هو مُراعاةُ الخلاف الذي قالت به المالكية. وسيأتي بحثه إن شاء الله.

التعريف الخامس: الاستحسان تخصيص العموم أو القياس:

جَرَى القاضي ابنُ العربيّ على تعريف ابنِ خويز منداد بأنَّ الاستحسان عملٌ بأقوى الدَّليلين؛ إلَّا أنَّه زادَه بيانا ووُضوحا، فأبْرَزَ أركانَ الاستحسان وعناصِرَه المكوّنةَ له؛ قال ابن العربي: «والاستحسانُ عندنا وعند الحنفية: هو العملُ بأقْوى الدَّليلَين. وقد بَيَّنا ذلك في مسائل الخلاف؛ نُكتتُه المجزئة هاهنا:

أنَّ العموم إذا استمرَّ والقياسَ إذا اطَّرَد، فإنَّ مالِكًا وأبا حنيفة يَرَيان تَخْصيصَ العُموم بأيّ دَليلٍ كان، من ظاهِرٍ أو معنى،

ويَستحسِنُ مالكٌ أنْ يَخصّ بالمصلحة. . . ويَرَى مالكٌ وأبو حنيفة تخصيصَ القياس ببعض العلَّة[١]، ولا يرَى الشَّافعيُّ لعلَّة الشَّرع إذا ثبتت تخصيصًا. ولَمْ يَفْهَمْ الشَّريعةَ مَنْ لَمْ يَحكُم بالمصلحة، ولا رَأَى تخصيص العلَّة!»[٢].

ومُقتضى هذا التَّعريف: أنَّ الاستحسان عند مالكٍ هو تخصيصُ العامِّ أو تخصيصُ القِياس بالمصلحة؛ فالدَّليلُ الأصليُّ إمَّا أنْ يكون: عُمومًا لفظيا، وإمَّا أن يكون قِياسا مُتعدِّيا؛ والدَّليلُ الأقوى الذي يُرجَّح على الدَّليل الأصليّ هو المصلحةُ التي قال بها مالكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

إلَّا أنَّ ابن العربيِّ لم يُبيِّن الوَجْهَ الذي دَعَا إلى الخروج عن القِياس إلى المصلحة؛ لكنْ يَظهَر أنَّ جريان العموم والقياس على خلاف المصلحة هو ذاته سببُ العُدول وموجِبُه؛ إذ الأدلَّة لا تكون أبدًا مجافيةً للمصالح؛ وحيثُ وُجِدَ ذلك وَجَب أنْ تُستثنى، ويُعمل بالمصلحة المعتبرة شرعًا، وهذا وَجْهُ وضع الشَّريعة، إذْ إنَّها استثنت كثيرا من الصّور من أصل القياس لمصلحة راجحة اقتضت هذا التَّخصيص والاستثناء؛ وهذا ما أشار إليه ابنُ العربيّ بقوله: «ولَمْ يَفهَم الشَّريعة مَنْ لم يحكم بالمصلحة، ولا رأى تخصيص العلَّة»، أي إنَّ الاستحسان الذي يقول به مالِكٌ هو اقتفاءٌ لطَريقة وَضْع الشَّرع، فمَن استَحْسَن فمِنْ فَهْم الشَّرْع أخَذَ.

---

(١) في الاعتصام نقلا عن ابن العربي: «ونقض العلة».

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨-٢٧٩. وعنه: الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٣، المشاط، الجواهر الثمينة ٢١٩.

التعريف السادس: ترك ما يقتضيه الدَّليل على طريق الاستثناء والترخُّص:

وقال ابنُ العربيّ بعد أنْ ساق أقسامَ الاستحسان عند المالكيَّة مع التَّمثيلات عليها: «فهذا أُنموذج في نَظائر الاستحسان، وكلُّ مسألة مبينة في موضعها؛ ذلك لتعلموا أنَّ قول مالك وأصحابه: وأستحسن كذا، إنَّما معناه: **أُوثِر تَرْكَ ما يَقتضيه الدَّليلُ على طريق الاستثناء والتَّرخُّص بمعارضة ما يُعارِضُه في بعض مُقتضياته**»[1].

وتعريفُ ابنِ العربيّ هذا يُبرز أُمورًا:

أوَّلا: أنَّ الاستحسان تركٌ للعمل بالدَّليل في بعض اقتضاءاته الأصليَّة؛ فليس الاستحسانُ تركًا للدَّليل رأسًا، وإنَّما هو تركٌ جُزئيٌّ لا تركٌ كلِّيّ؛ وهذا أدقّ من تعريف من عرفه بأنه: «عَمَلٌ بأقوى الدليلين»؛ لأنَّ ذلك يَشمَل تركَ الدَّليل المرجوح بالكليَّة والعمل بالدَّليل الأقوى الرّاجح؛ وهذا ليس مقصودًا من الاستحسان؛ وإلَّا لَصار الفقهُ بأجمعه استحسانًا؛ والأمرُ على خلافه. على أنَّه يجري في كلام مالِكٍ لفظ الاستحسان، وهو يُريد منه مُطلَق الترجيح.

ثانيا: لم يُبيِّن في التعريف حقيقةَ الدَّليل الأصليّ الذي منه الاستثناء، كما لم يُبيِّن الدَّليل المعارِض الذي به يكون الاستثناء؛ ولكن يُشير إليه ما سأبيّنه فيما يأتي في قوله «على طريق الاستثناء والتَّرخّص». لكنه قبل هذا التعريف قدَّم أقسامَ الاستحسان التي

---

(١) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢. ونقله عنه: الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٥.

استقرأها من كلام المالكية، ويَظهَر مما ذَكَره من تلك الأقسام الأسباب الداعية إلى ترك مقتضى الدليل، فهي عنده: المصلحة، والعرف، وإجماع أهل المدينة، وترك الدليل في اليسير رفعًا للحرج وإيثارا للوسعة على الخلق. وسيأتي في أقسام الاستحسان تَحليلُ كلام ابن العربي، لكن نقول في هذا الموضع: أنَّ ترك الدليل رَفْعًا للحَرَج وإيثارًا للتوسعة، يرجع في الاعتبار إلى النظر في المصلحة. أمَّا العُرْفُ فإنْ كان عُرْفًا تَشريعيًّا، فهو آيلٌ إلى المصلحة كذلك.

ثالثا: قولُه: «على طَريق الاستثناء والتَّرخّص» يَحمل معنى كونِ الاستثناء إنَّما كان نَظَرًا للمصلحة التي أدَّت إلى التَّرخُّص؛ إذْ مناطُ بابِ الرُّخص اعتبارُ المصلحة المُقتضية للاستثناء من الدَّليل الأصليِّ.

التعريف السابع: الالتفات إلى المصلحة والعدل:

قال ابن رشد الحفيد: «**ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل**»[1].

أوَّل ما يُعترَض على هذا التَّعريف قوله: «في أكثر أحواله»، وطبيعةُ التَّعريفات تأبى ذلك؛ إذْ من شَرائط الحدود والتّعريفات أنْ تكون جامعة لأفراد حقيقة المعرَّف، ومانِعة لما خرج عن مضمونه، و«الأكثر» في قول ابن رشد يُقابله «الأقل»، وهذا «الأقلّ» -حسب التّعريف- ليس داخلا في التّعريف، وإنْ كان ممَّا يُطلق عليه لفظ

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٢٤٢.

الاستحسان. ولو ضَرَبَ ابن رشد على قوله «في أكثر أحواله»، لما جانَبَ الصواب؛ فالاستحسانُ كذلك هو، عند من قال به.

وقد يُقال: إنّ هذا التَّقريب من ابن رشد للاستحسان يَلتبس بالمصالح المرسلة. لذلك لو كان في التعريف معنى يَدلُّ على العُدول عن أصْلٍ والخُروجِ عنه للمصلحة والعَدْل، لكان أجْوَدَ.

ومِنْ أجلّ ما أفادنا هذ التَّقريبُ من ابن رشد لمعنى الاستحسان، أنَّ أساس العُدول عن الاقتضاء الأصليّ هو **النَّظر في المصلحة والعدل**، فهما بذلك من الأُسس المكوِّنة لحقيقة الاستحسان، وهما المسوِّغان اللذان يُستند إليهما في قطع المسألة عن حكم نظائرها.

التعريف الثامن: تقديم المصالح المرسلة على القياس:

ومن الأئمّة الذين عرَّفوا الاستحسانَ عند المالكيّة، ولاقى تعريفُهم قَبولا واسِعًا لدى عُلماء المذهب-: الإمامُ الأبياريّ في شرح «البرهان» للجُوينيّ؛ قال الأبياريّ: «الذي يَظهَرُ من مذهَب مالِكٍ في الاستحسان: **أنّه استِعْمالُ مصلحةٍ جُزئيَّةٍ في مُقابلة قياس كلّيٍّ؛ فهو تقديمٌ للاستِدْلال المرسَل على القياس**»[1].

وقد ارتضى الشّاطبيُّ هذا التعريف، حيثُ قال في

---

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٠، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٧، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢١، الزركشي، البحر المحيط ٨/٩٨، ونقله الشاطبي في الاعتصام مبهما قائله؛ قال: «وحَدَّه غير ابن العربي من أهل المذهب بأنه عند مالك استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. قال: فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس». الاعتصام ٢/ ١٣٨.

«الموافقات»: «وهو في مذهَب مالِكٍ: الأخْذُ بمصلحة جُزئية في مُقابَلَة دَليلٍ كُلِّيٍّ، ومُقتضاه: الرُّجوعُ إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[١].

وقال الشَّاطِبِيُّ في موضع آخَرَ: «أصلُ الاستحسان على رأي مالِكٍ... معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[٢].

وهذا مقتضى كلام أبي الحسن الصّغير، فقد نقل في «شرح التهذيب»، أنَّ الاستحسان هو تقديمُ المصلحة المُرْسَلَة على القياس[٣].

فمُحصِّل هذا أمورٌ:

أوّلا: الدَّليلُ الأصليُّ المعدولُ عنه إلى غيره في بعض مُقتضياته، هو القياس الكليُّ. هذا ما وَرَد عن الأبياري والشاطبي؛ إلَّا أنَّ الشَّاطبي وَقَعَ له في كلامه اضطرابٌ ظاهريٌّ؛ سيأتي بيانُه في أركان الاستحسان، إنْ شاء الله.

ثانيا: يُؤخَذُ من التَّعريف أنَّ الدَّليل الذي كان به العُدول عن الاقتضاء الأصليِّ هو المصلحة المرسلة. وعليه، فمُحصِّل الاستحسان تقديمُ للاستدلال المرسل على الدليل الأصليّ. قال الشّيخ الخِرشي: «**والاستحسان تقديم مراعاة المصلحة**»[٤].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٩-٤٠.

(٢) الشاطبي، الموافقات ١/ ٤٠.

(٣) ابن عاشور، حاشية شرح التنقيح ٢/ ٢٣٠.

(٤) الخرشي، شرح مختصر خليل ٥/ ١١٩.

ثالثا: لم يُبيِّن في التَّعريف الأمرُ الذي دَعَى إلى هذا العدول؛ ولكنْ يبدو أنَّ الاستدلال المرسل أقوى في الاعتبار من القياس، فهذا وجهُ التّرجيح والتَّقديم.

رابعا: ظاهرٌ من هذا التَّعريف أنَّ معنى الاستحسان على هذا النَّحو هو أخصُّ من التَّعريف الذي يُعزَى لابن خويز منداد(١)؛ لأنَّ في تقديم الاستدلال المرسل على القياس عَمَلاً بأقوى الدَّليلين، وليس كلُّ عمل بأقوى الدَّليلين تقديمًا للاستدلال المرسل على القياس، وهذا ما دعا ابنَ عاشور أنْ يقول: «ولعلَّ هذا جُزْءٌ من تفسير الباجي وابن خويز منداد»(٢)؛ وليس الأمرُ على ما حَمَلَه ابنُ عاشور(٣)، بل الصَّواب أنْ يُقال: إنَّ التعريف المنسوب لابنِ خُويز منداد أَدخَلَ في الاستحسان ما ليس منه، وتعريفُ الأبياريِّ وَقَعَ على أكثر حقيقة الاستحسان معانيه.

والذي يَظهَر لي أنَّ القِياس الذي نَصَّ عليه الأبياريُّ يُؤخَذ بمَفهومه العامِّ الشَّامِل للقاعدة العامَّة؛ فالاستدلالُ المرسَلُ المعارض للقياس الخاصِّ أو القاعدةِ العامَّةِ مُقدَّمٌ؛ والذي يَشهَد لهذا الذي قُلتُه:

أنَّ الشَّيخ حُلولو ذَكَر مسألةَ تضمين الصُّناع، وخَرَّجها على أنها

---

(١) وقدَّمنا ما في هذا العَزْو من قُصور، للقُصور في اجتلاب كلام ابن خويز منداد تامًّا.

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

(٣) وابن عاشور يرى أن لفظ الاستحسن عند مالك وأبي حنيفة مراد منها مطلق الترجيح بين الدليلين، وأما ما عرَّف به أهل الأصول الاستحسان، فهو واقعٌ على الاستحسان الاصطلاحي الذي عُرِفَ بعد تدوين أصول الفقه.

من مسائل الاستحسان، ووَجْهُ ذلك أنَّ قاعدة الإجارة عَدَمُ تضمين الأجير؛ ونَقَل عن القَرافي قوله: «عدم التضمين قاعدةٌ لا لفظ»[١]، وقُدِّمت المصلحة العامة على هذه القاعدة حِفْظًا لأموال الناس من الضياع والتعدِّي؛ قال حلولو: «ويُمكِنُ ردُّ مسألة تضمين الصّنّاع إلى ما قال الأبياريّ؛ لأنّه استعمالُ المرسل، لأنَّهم إنَّما ضمّنوا لأجل المصلحة العامَّة في مقابلة **القياس العامِّ**؛ الذي هو عدمُ الضَّمان في الأجراء»[٢]، وقد قال قبلُ بأنَّ عدم التَّضمين قاعدة؛ ففُهِم أنَّ قصدَ الأبياريّ من القياس العامّ ما يشمل القياسَ الخاصَّ والقاعدةَ العامَّةَ.

التعريف التاسع: قَطْعُ المسائل عن نظائرها لدليل خاصٍّ يَقتَضي العُدولَ:

عرَّف أبو الحسن الكَرْخيُّ الاستحسان فقال: «الاستحسانُ هو أنْ يَعدِل الإنسانُ عن أنْ يَحكم في المسألة بمثل ما حَكَم به في نظائرها إلى خلافه، لوَجْهٍ أقوى يَقتَضي العدولَ عن الأوَّل»[٣].

وأقرَّ القاضي عبدُ الوهَّاب المالكيُّ هذا التَّعريفَ، وجعله مُقتضى مذهب المالكيَّة؛ قال القاضي عبدُ الوهَّاب المالكيُّ مُعلِّقًا على تعريف الكَرْخي: «هو قولُ المحصِّلين من الحنفيَّة... ويجب

---

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١١.

(٢) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١١-٤١٢.

(٣) البخاري، كشف الأسرار ٤/٣، الشاطبي، الاعتصام ٢/١٣٧-١٣٨، الزركشي، البحر المحيط ٨/١٠٠-١٠١.

أنْ يكون هو الذي قال به أصحابُنا»[١].

وحاصِلُ هذا المفهوم للاستحسان: أنَّه استثناء للمسألة عن حُكم نظائرها من دليل أصليّ إلى حكم آخر؛ لوجه أقوى اقتضى العُدول. وهذا التَّعريف ممَّا لا يبعُد عن التَّعاريف السَّابقة في الجملة؛ لذلك قال الشّاطبيّ بعد أن أورَد تعريفات المالكيَّة والحنفيَّة للاستحسان-: «والذي يُستَقْرَى من مذهبهما أنه يرجع إلى **العمل بأقوى الدليلين**. هكذا قال ابنُ العربي، قال: العموم إذا استمرّ. . . هذا ما قال ابنُ العربيّ، ويُشعِرُ بذلك تفسيرُ الكرخيّ أنَّه العدول عن الحكم في المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أَقْوَى»[٢].

وقد اختلفت نقول أهل الأصول لتعريف أبي الحسن الكرخي في بعض الزيادات، وهو في عمومه متقارب، ولا أدري الصيغة التي أوردها القاضي عبد الوهاب وعلق عليها. والزركشيُّ حين ساق نَصَّ كلام القاضي أبي محمد، أوْرَد تعريف أبي الحسن عن إلكيا، ونصه: «قطع المسائل عن نظائرها لدليل خاص يقتضي العدول عن الحكم الأول فيه إلى الثاني، سواء كان قياسا أو نصا».

وقوله «عن نظائرها»، يُفهَم منه أنَّ الدَّليل الأصليَّ في المسألة هو دليلُ القياس، إذ أكثر ما يستعمل «النظير» في القياس. ويُؤيِّده ما نقل في «التلخيص» عن الكرخي: «. . .إذا طَرَدنا عِلَّة فاقتضت

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠١.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١٣٧-١٣٨.

تلك العلة حكما في موردها بخلاف موجب القياس...»[١].

وفي هذا التعريف الذي نَقَله إلكيا، يَظهَر أنَّ الدليل الذي يكون به العدول، إمَّا **قياس** أو **نصّ**، ما دام أنه أقْوَى في الاعتبار من الدليل الأصلي في خصوص تلك المسألة. وبعضُ الأئمَّة نَقَلوا عن الكَرْخيِّ بَيانَ أقسام الاستحسان، وكان منها إضافةً للاستحسان بالنص والاستحسان بالقياس: الاستحسان **بالعادة**، والاستحسان **بقول الصحابي**[٢]. ونقل في «التلخيص» أنها: «**قد يكون ذلك كتابا** أو **سنة** أو **اتِّفاقا** أو **وَجْهًا من الاستدلال والاعتبار**»[٣].

التَّعريف العاشر: تَرْكُ مُقتَضى القياس لِمَا يُؤدِّي طَرْدُه إلى مبالغة في الحكم:

ومنْ أحسن التَّعريفات التي وَقفتُ عليها للاستحسان، ما عرَّفه به القاضي أبو الوليد الباجيّ في كتاب «الحدود» له؛ قال: «ومِن ذلك أنْ يرى **طرد القياس يُؤدِّي إلى غُلوٍّ ومُبالغة في الحكم، ويستحسن في بعض المواضع مُخالفة القياس لمعنى يَختصُّ به ذلك الموضع من تخفيف أو مقارنة (كذا)**»[٤].

(١) الجويني، التلخيص ٣/ ٣١١.

(٢) الغزالي، المنخول ٤٧٧.

(٣) الجويني، التلخيص ٣/ ٣١١.

(٤) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦. كذا في المطبوع: أو «مقارنة» ولم أجد لها وجها. والظاهر أنَّ تصحيفا وقع في المخطوط الذي اعتُمد في التَّحقيق؛ ذلك أنَّ المحقِّق اعتمد على مخطوطةٍ يتيمة لتحقيق الكتاب، وهي نُسخة سَقيمةٌ وَقَعَ فيها كثيرٌ في التَّحريفات والأغلاط؛ وهذا منها فيما يظهر.

وتبعَ ابنُ رشد الجدُّ الباجيَّ في هذا التّعريف، فقد عرَّفه بما يَقرُب منه ويُشابهه؛ قال ابنُ رشد في «البيان والتحصيل»: «والاستحسانُ الذي يَكثُر استعماله حتى يكون أعم[١] من القياس، هو أنْ يكون طردُ القياس[٢] يُؤدّي إلى غُلوّ في الحكم ومُبالغة فيه، فيُعْدَلَ عنه في بعض المواضع لمعنى يُؤثِّر في الحكم، فيختصُّ به ذلك الموضع»[٣].

(١) في المطبوع من البيان والتحصيل: «أعم»، وكذا في «الاعتصام» نقلا عن «البيان»! ونقل هذا النصَّ عن «البيان» بناني في «حاشيته»، وفيه: «أغلب». ويَشهَد له ما في البيان والتحصيل (٨/ ٢٠٦): «وهو قول له وَجْهٌ يمنع من طَرْد القياس على مُقتضاه، لأنَّ طَرْد القياس إذا كان يَقتَضي [و]يؤدي إلى غلو ومبالغة في الحكم، كان العدول عنه في موضع لمعنى يَختصُّ به ذلك الموضع أوْلى. وهذا عندهم من الاستحسان الذي هو أغلب من القياس. فقد روي عن مالك أنه قال: تسعة أعشار العلم الاستحسان».

(٢) نقل الشاطبي هذا التعريف في كتاب «الاعتصام»، ووَقَع في المطبوعة التي قام على تحقيقها الشيخ رشيد رضا تصحيفٌ تتابع عليه أرْهاطٌ من المعاصِرين، وهو أنه تحرفت «طرد القياس»، إلى «طرحًا لقياسٍ».

(٣) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٦، الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٥. وراجع: البيان والتحصيل: ٥/ ٥٨، ١١/ ١١٩-١٢٠، ٧/ ٤٥٦، المواق، التاج والإكليل ٦/ ٢٦٧. الغريبُ أنَّ تعريف ابن رُشد الجد هو الذي اشتهر، دون تعريف الباجي، مع كونه أصله، كما هو ظاهِرٌ. ولابن رُشْدٍ تعريفٌ مُشابِهٌ لما تَقدَّم، قال: «وهذا وَجْهُ الاستحسان أنْ يُعدَل عن حقيقة القياس في مَوْضِعٍ من المواضع لمعنى يَختصُّ به ذلك الموضعُ، يَترجَّح به ما ضَعُف من الدَّليلَيْن المتعارِضين». ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ٤٥٦. وقال في المقدمات الممهدات [٣/ ١٣]: «الاستحسانُ في الأحكام إنما يكون على مذهب من أجازه وأخَذَ به، لمعانٍ تَختصُّ بالفُروع، فيُعدَل من أجْلها عن إلحاقها بالأُصول».

وهذا المعنى للاستحسان هو غالبُ ما يقصِدُ إليه المالكيَّة: متقدِّموهم ومتأخِّروهم؛ قال الباجي: «وهذا كثيرًا ما **يَستعمله أشهبُ، وأصبغُ، وابنُ الموّاز**»[1].

وأفادَ هذا التَّعريف أمورًا:

أوَّلا: أنَّ حقيقة الاستحسان هو تركُ طرد القياس في مواضعَ معيَّنة؛ فالدَّليل الأصليّ الذي يكون العدولُ عنه في بعض المواضع هو القياس لا كلّ دليل.

ثانيا: لقد أبان التَّعريفُ عن الموجِب الذي اقتضى العُدولَ عن طرد القياس، وهو الغلوُّ في الحكم الثّابتِ بالقياس والمبالغةُ فيه، فكان الاستحسانُ أنْ يُترك هذا القياسُ لهذا المقتضي في المحلّ الذي وَقَع أو تُوقِّع فيه الغلوُّ والمبالغة. ومن المقرَّر أنَّ الغلوّ والمبالغة ممّا يشملُهما مفهومُ الحرج والمشقَّة، والشَّرع الإسلاميّ جاء في تَصاريف أحكامه رافعًا لهما، ودافعا لأسبابهما؛ قال ابنُ رشد الجدّ: «وإذْ أدّى طردُ القياسِ إلى غلوٍّ في الحكم ومبالغةٍ فيه، كان العدولُ عنه إلى الاستحسان أوْلى. **ولا تكاد تجدُ التَّغرّقَ في القياس إلَّا مُخالِفًا لمنهاج الشَّريعة**»[2]. والاستدلالُ المرسلُ ممَّا يَشمَل مفهومَ رفع الحرج والمشقَّة، فالموجب للعدول عن طرد

(١) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ١١/ ١١٩-١٢٠. وهذا ما أشار له شيخُ مالِكٍ: ربيعةُ الرَّأي، حيث قال: «إذا بشع القياسُ فدَعْهُ -يعني إذا شنع-». المعرفة والتاريخ للفسوي ١/ ٦٧٢-٦٧٣.

القياس هو الاستدلال المرسل، وعلى هذا فإنَّ هذا التعريف وتعريفَ الأبياري يَلتقيان في رافِد مُشتَرَك.

ثالثا: أفاد هذا التّعريفُ أنَّ العدول عن القياس يختصُّ بالموضع الذي كان فيه الغلوُّ والمبالغة، فلا يُعدَل عن القياس في كلِّ المحالِّ؛ وإلَّا لكان تركا للقياس بالكُليَّة.

ومُقتضى هذا المفهوم للاستحسان أنْ يكون مَرجِعُه إلى تخصيص العلَّة في القِياس؛ لذلك نَجِد أنَّ هذا المفهوم ممَّا أنكره نفاةُ الاستحسان؛ قال الباجيُّ: «وهذا الاستحسانُ يَنفيه نُفاة الاستحسان ويُنكرونه، والواجبُ فيما لا نصَّ فيه ولا إجماع اتّباعُ مُقتَضى الأدلَّة وما يُوجب النّظر، واجتناب العُدول عنه باستحسان دون دَليل يَقتَضي ذلك الاستحسان»[١].

وقد عقَّب الباجي على تفسير الاستحسان بهذا المفهوم الذي أورده، بأنَّه إذا فُسِّر الاستحسانُ بذلك فهو مَوْضعُ خِلافٍ ويكون حَدُّه بأنّه: «اختيارُ القول من غير دَليل ولا تقليد»[٢].

وهذا مِنْ أغرب ما يكون؛ فالآخذُ بالاستحسان إنَّما يأخذ بالدَّليل الذي قابَل القياس، وهو الاستدلالُ المرسل أو غيره من الأدلة، وهو أصلٌ في الشَّرع وقاعدةٌ من القواعد الأصليَّة في المذهب المالكيّ؛ فليس إذًا قولاً من غير دليل؛ وإنَّما هو استمساكٌ بالدّليل الراجح في مُقابل الدّليل المرجوح.

(١) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٧.

(٢) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٨.

التعريف الحادي عشر: ترك القياس للعرف:

قال حُلولو: «وقال في «المنتقى» في. . . الوصيَّة للأقارب: **الاستحسانُ عند أشهبَ تَخْصيصُ العموم بالعُرْف**؛ فقال إذا قال في وصيَّته: «هي على قرابتي»، القياسُ دخولُ مَن يرِثُ، والاستحسانُ عدمُ دخولِه»[1].

وتبع الشيخَ حلولو على ذلك العلويُّ[2]، وابنُ عاشور، والمشَّاط[3]؛ وقال ابنُ عاشور: «ورأيتُ لأبي الوليد الباجيّ في باب الوصيَّة من «المنتقى على الموطَّا» عن أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ **الاستحسان تخصيصُ العُموم بالعُرْف**»[4].

وفي كلام حلولو وابن عاشور والعلوي والمشَّاط ما يُوهِمُ أنَّ مُطلَق الاستحسان عند أشهب يُراد منه تخصيصُ العموم بالعُرف.

وليس كذلك؛ بَيانُه: أنَّ الباجيّ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَر مَسألةً وَرَدَ فيها استعمالُ أشهبَ للفظة «الاستحسان»، فعقَّب الباجيُّ على هذه الكلمة وأفاد أنَّ مُرادَ أشهبَ منها في هذا الموضع هو تخصيصُ العامِّ بعُرف الاستعمال؛ لا أنَّ الاستحسان الذي يَجْري في كلام أشهبَ هو مِن ذلك القَبيل فقط؛ قال الباجيُّ في «المنتقى» في باب الوصية: «. . .قال أشهبُ: لا يَدخل في ذلك قرابتُه الوارثون

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٠، العلوي، نشر البنود ٢/١٦٦، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٠.

(٢) العلوي، نشر البنود ٢/١٦٦

(٣) المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٠.

(٤) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

استحسانًا وليس بقياسٍ، وكأنّه أراد غير الوارث كالموصي للفقراء بمالٍ ولرجلٍ فقيرٍ بمالٍ لا يدخل مع الفُقَراء في أموالهم، رواه ابنُ الموّاز عن مالكٍ. **وما قاله أشهب أنّه استحسانٌ وليس بقياسٍ، إنّما يُريد بالاستحسان التّخصيصَ بعُرف الاستعمال، والقياسُ عنده حَمْلُ اللّفظ على عُمومه؛ وإنّما ذكرتُ ذلك ليُعرف مقصدُه في الاستحسان والقياس**»[1].

وعلى هذا، فإنَّ معنى الاستحسان الوارِد في كلام أشهبَ والذي فسَّره الباجيُّ، إنَّما هو إطلاقٌ من إطلاقات لفظ «الاستحسان» عنده، لا أنَّ مفهوم الاستحسان عند أشهب مطلقًا هو التَّخصيصُ بعُرف الاستعمال. والذي يدلُّ على هذا أنَّ الباجيّ نفسَه فسَّر الاستحسان بأنَّ «**طَرْدَ القياس قد يُؤدِّي إلى غلوّ ومبالغة في الحكم، فيُستحسن في بعض المواضع مخالفة القياس لمعنى يختص به ذلك الموضع**»؛ ثمَّ قال الباجي: «وهذ كثيرًا ما يَستعمِلُه **أشْهَبُ**، وأصبغُ، وابنُ المواز»[2]. فتنبه!

والظَّاهرُ أنَّ إطلاق أشهبَ «الاستحسانَ» على تقديم عُرف الاستعمال على مُقتضى العُرف اللُّغوي هو من الإطلاق اللُّغوي للَفظ «الاستحسان»؛ وليس من مُراده الاستحسان الذي هو شائع في كلامه هو وكلامِ أهل المذهب؛ لهذا نَرَى أنَّ الباجيَّ علِمَ أنَّ هذا الإطلاق على خِلاف ما هو معلومٌ، فأراد التَّنبيهَ إليه لئلَّا يُحمَلَ

---

(١) الباجي، المنتقى ٦/ ١٧٦-١٧٧.

(٢) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦.

على مفهومه الاصطلاحيِّ الذي هو عامٌّ في إطلاقات أهل المذهب؛ فقال: «وما قاله أشهب أنّه استحسانٌ وليس بقياسٍ، إنّما يُريد... **وإنَّما ذكرتُ ذلك ليُعرف مقصدُه في الاستحسان والقياس**».

الخلاصة: التحقيقُ في الاستحسان الذي يدور في كلام المالكية:

غالبُ التَّعريفات السَّابقة لا تتباعد؛ بل هي جاريةٌ في مسلك واحد، وبعضُها يُبيِّن البعض الآخر، ويكشِفُ عنه، ويُبرزُ بعضَ المعاني التي لم تُتناوَل في بعض التَّعاريف؛ قال الشّاطبيّ -بعد أنْ ساق كلّا من تعريفي ابنِ العربيِّ، وتعريفِ الأبياريِّ، وتعريفِ ابنِ رُشد-: «**وهذه تعريفات قريبٌ بعضُها من بعض**»[1] والأمر كما قال.

ويُستخلَص من تلك التعريفات جُملة من المرتكزات يقوم على أساسها مفهومُ الاستحسان:

المرتكز الأوَّل: من حقيقة الاستحسان أنْ يتعارض دليلان ويؤخذ بالأقوى.

المرتكز الثّاني: يتأسَّس مفهومُ الاستحسان على مبدأ الاستثناء؛ لأنَّ فيه تركًا للدَّليل الأصليّ في بعض مُقتضياته لمِاَ عارَضَه من دليل أقوى.

المرتكز الثّالث: طبيعةُ الدّليل الأصليّ الذي يكون منه الاستثناء

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٥.

إمَّا أنْ يكون عُموما لفظيّا أو قياسا متعدّيا أو قاعدة كلّيَّة؛ وهذا المرتكزُ ممّا وقع فيه بين أهل المذهب بعضُ اضطراب؛ إذْ منهم من يقصُر الدَّليل الأصليّ على القياس، ومنهم من يُعمِّم؛ وسيأتي بسطُ هذه المسألة حين تناول أركانِ الاستحسان. لكن الغالب في استحسانات المالكية أنْ يكون الدليلُ الأصليُّ في المسألة المستحسنة قياسًا ظاهرًا أو قاعدة، فيعدل عنه؛ لذلك لما ذكر الباجيُّ مفهومَ الاستحسان الذي فيه تركٌ لمقتضى القياس مجانبةً للغُلوِّ فيه، قال: «وهذا كثيرًا ما يَستعمله أشهب، وأصبغ، وابن المواز»[١]. وصَدَق، فأكثرُ ما يستعمل هؤلاء الأئمَّةُ الاستحسان في مُقابل القياس.

المرتكز الرّابع: العدولُ عن الدَّليل الأصليّ لم يكُن من إملاء التَّشهِّي؛ وإنَّما هو اتِّباع للدَّليل القويّ.

المرتكز الخامس: أصلُ الاستدلال المرسل هو الدّليل الذي يكون به العدول عن الدَّليل الأصلي؛ تحقيقا للعَدْل وتحصيلا للمصلحة المعتبرة في الشَّرع. على أنَّ هنالك استحسانا قياسيا، يَكونُ العُدول فيه من القياس الظاهر إلى قياسٍ خفي، ولا بُدَّ لهذا العُدول من مُعضِّدٍ يُقوِّي القياسَ الخفيَّ، من بعض المعاني، الراجعة إلى المصلحة والعَدْل؛ وهذا ما يَشْهَد له كلامُ ابن خويز منداد السابق. وانظر ما سيأتي في أركان الاستحسان.

ولعلَّ الاستحسانَ القياسيَّ هذا الذي يُعدَل فيه عن القياس

---

(١) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦.

الظَّاهِر إلى قِياسٍ خفيٍّ، كان سبب العدول فيه هو المعنى المصلحيّ، لكنهم كانوا يَحْرصون على ردِّ الفرع إلى بعض أصول الشَّرْع، حتى وإنْ بَعُدت، لذلك فإنَّهم لا يلتزمون في كلِّ مسألة استحسانيةٍ خالفت القياسَ أنْ يَذْكُروا لها أصلا بَعيدًا، بل ظاهر صَنيعهم في كثير من الفروع هو الاكتفاء بالمعنى المصلحيِّ.

التعريف المختار:

وإذا تجلَّت حقيقةُ الاستحسان ببيان هذه المُرتكَزات؛ فإنَّ أقربَ التعريفات لمفهوم هذا الأصل في المذهب المالكيّ هو أنْ يُقال:

«الاستحسانُ هو تقديمٌ للاستِدْلال المرسل على الدَّليل العامِّ في بعض مُقتضياته؛ على طريق الاستثاء».

وبيان هذا التّعريف يكون كالآتي:

«تقديمٌ للاستدلال المرسل»: أبان هذا الجزء من التّعريف أنَّ الدَّليل الذي يكون على أساسِه العُدولُ عن مُقتَضى الدَّليل الأصلي هو أصلُ الاستدلال المرسل.

«على الدَّليل العام»: وفي هذا تجليةٌ لطبيعة الدَّليل الأصليّ الذي يكون منه الاستثناء، فهو دليلٌ عامّ، وأعني به ما يَشمل العموم اللَّفظيّ والقياسَ بمفهومه العامّ الشَّامل للقاعدة.

«في بعض مُقتضياته؛ على طريق الاستثاء»: وتركُ الدَّليل الأصليّ استحسانا لا يكون تركًا كلّيًّا؛ وإنَّما هو تركٌ له في بعض المحالّ التي عارضها أصلُ الاستدلال المرسل؛ ومنه فإنَّ حقيقة الاستحسان تقومُ على أساس الاستثناء.

المطلب الثَّاني

أركان الاستحسان

وإذ انتهت الدِّراسة من بيان مفهوم الاستحسان عند المالكيَّة، نأتي على ذكر أركان الاستحسان؛ وهي ثلاثةُ أركان:

أوَّلا: الدَّليل الأصلي.

ثانيا: الدَّليل المستحسن به.

ثالثا: مناطُ الاستحسان.

وسأبحث كلَّ رُكن في فرع مُستقلٍّ:

الفرع الأول

الدَّليل الأصليّ الذي يُعدَل عنه

الذي يقتضيه مذهبُ مالك وأصحابِه: أنَّ الدَّليل الأصليّ الذي عُدِلَ عنه واقتُطعت منه مسألةُ الاستحسان، هو الدَّليل العامّ، سواء أكان هذا الدّليل عامّا عموما لفظيا أو عاما عُموما قياسيّا -إذْ مُقتضى القياس المتعدّي أن يكون عامّا حيثُ وُجدت العلة-، أو قاعدةً من القواعد الكليّة التي يشملها معنَى القياس بمفهومه العامّ.

والذي يدلُّ على هذا من مذهب مالك، نصوصُ أهل المذهب من محقّقيه ونُظّاره:

قال ابنُ العربيِّ في تعريف الاستحسان: «والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين...»، ثم قال: «العموم إذا استمرّ والقياس إذا اطّرد فإنّ مالكًا وأبا حنيفة يَريان تخصيصَ العموم بأيّ دليل كان من ظاهر أو معنى، ويَستحسِنُ مالكٌ أنْ يخصّ بالمصلحة»[1] فلا يُشتَرط في الاستحسان المالكيِّ عند ابن العربيّ أنْ يكون الدّليلُ الأصليُّ المعدولُ عنه قياسا أصوليًّا؛ بل إنَّ ذلك يَشمل العُمومَ اللّفظيَّ.

وهذا المعنى قرَّره كذلك في كتابه «المحصول»، فبعد أنْ ساق أقسام الاستحسان عند المالكية مع التّمثيلات عليها، قال: «فهذا أُنموذجٌ في نظائر الاستحسان، وكلُّ مسألة مبيّنة في موضعها؛ ذلك لتعلموا أنَّ قول مالك وأصحابه: «وأستحسنُ كذا»، إنَّما معناه: أُوثِرُ تَرْكَ ما يَقتَضيه الدّليلُ على طريق الاستثناء والتّرخُّص، بمعارضة ما يُعارضه في بعض مُقتضياته»[2]. فالدَّليلُ الذي يُوثِرُ مالكٌ تركَه هو مُطلَقُ الدَّليل، وليس مقصورا على القياس، والأمثلةُ التي ساقها دليلٌ على ذلك، إذْ ليست كلُّ الأدلة الأصلية فيها أقيسةً.

غير أنَّ الذي يُعكِّر على هذا التّأصيل، أنّ غيرَ واحِدٍ من

---

(١) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢، الشاطي، الموافقات ٤/ ٢٠٧-٢٠٨.

المالكية جعلوا الدَّليلَ الأصليَّ المعدولَ عنه هو القياس؛ ومن هؤلاء الأعلام الأبياريُّ في «شرح البرهان»، حيث قال: «الذي يَظهَرُ من مذهب مالِكٍ في الاستحسان: أنه استعمال مصلحة جزئيّة في مقابلة قياس كليّ، فهو تقديم للاستدلال المرسل على القياس»[1].

وقد ارتضى الشّاطبيُّ هذا التعريف حيث قال: «وهو في مذهب مالك الأخذُ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كليّ، ومقتضاه الرُّجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[2]، وقال في موضع آخرَ: «أصلُ الاستحسان على رأي مالك... معناهُ يَرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[3].

فمُحصِّلُ هذا: أن الدّليل الأصليَّ المعدولَ عنه إلى غيره في بعض مُقتضياته هو القياس الكليُّ. هذا ما وَرَد عن الأبياريّ والشّاطبيّ؛ إلَّا أنّ الشّاطبي وَقَع له في كلامه نوعُ اضطراب أشار إليه الشّيخ دراز في حواشيه على «الموافقات»؛ قال: «وبالجملة فإنَّك تجِدُ عند التَّأمل أنَّ المؤلِّف تارةً يَبْني كلامَه على فهم أنَّ الاستحسان تقديمُ الاستدلال المرسل على القياس، وتارةً يجعله عامًّا؛ كما يُعلم

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٠، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٨، ونقله الشاطبي في الاعتصام مبهما قائله؛ قال: «وحده غير ابن العربي من أهل المذهب بأنه عند مالك استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. قال: فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس». الاعتصام ٣/ ٦٥ .

(٢) الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٩-٤٠.

(٣) الشاطبي، الموافقات ١/ ٤٠.

بتتبُّع عِباراته من أوّل كلامه في الاستحسان إلى آخره»[١].

فالشَّاطبي يجعل الدَّليل الأصليّ المعدول عنه في بعض المواضع هو القياسَ، وفي مواضع أخرى يعمّمه، فيجعله مطلقَ الدَّليل. ومن مُثُل ذلك أنّه نقل في كتابيه تعريفي ابن العربيّ السّالفين للاستحسان، وفي كلّ منهما لم يقصر الدَّليل المعدول به على القياس بل عمّم في أحد التعريفين، وخصّص في أحدهما الدَّليل بالعموم اللَّفظي والقِياس؛ قال الشّاطبي مُعلِّقا على كلام ابنِ العربيِّ الذي ذكره في «المحصول» و«أحكام القرآن»: «وهذا الذي قال هو نظرٌ في مآلات الأحكام من غير اقتصار على مُقتَضى **الدَّليل العامِّ والقِياس العامّ**، وفي المذهب المالكيّ من هذا المعنى كثيرٌ جدًّا: . . .»[٢]، وهذا من الشّاطبي إقرارٌ لَمَا أورده ابنُ العربيّ، وتأمَّل قوله: «**مُقتَضى الدَّليل العامِّ والقِياس العامّ**».

وقال الشَّاطبيُّ -كذلك- عَقِب إيراده لفروع في الشَّرْع جَرَتْ على النَّسَق الاستحسانيِّ: «. . فإنَّ حقيقتها ترجعُ إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيثُ كان **الدَّليلُ العامُّ** يقتضى منعَ ذلك؛ لأنّا لو بقينا مع **أصل الدَّليل العامّ** لأدّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدَّليل من المصلحة، فكان من الواجب رَعْيُ ذلك المآل إلى أقصاه»[٣]، وغالبُ الأمثلة الوارِدةِ في

(١) دراز، تعليقه على الموافقات ٤/ ٢١٠.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧.

الشَّرع على المنهج الاستحسانيّ هي استثناءٌ من دليل عامٍّ اقتضى المنع، كما هو نصُّ الشَّاطبي في الكلام المنقول عنه سابقًا.

وهذا مجزئٌ في إثبات كونِ الدَّليل الأصليِّ المعدول عنه هو مُطلق الدَّليل؛ سواء أكان عموما لفظيّا أو قياسا كليّا.

أمَّا ما أُثِرَ عن الأبياريِّ ومَنْ شايَعَه في قَصْر الدَّليل الأصليِّ على القياس-: فيُجاب عنه بأنَّ ترك القياس للاستدلال المرسل هو نوعٌ من أنواع الاستحسان في المذهب المالكيّ؛ وغالبُ ما يكون استحسانات المالكيَّة جارية على هذا النَّوع، وآخذة في هذا السَّبيل. أمَّا تركُ العُموم اللَّفظيّ للاستدلال المرسل فهو وإنْ كان مَوْجودًا في مذهب مالك، إلَّا أنَّه ليس بغالِبٍ ولا أكثريٍّ بالنِّسبة للنَّوع الأوَّل؛ لهذا نجد ظاهرَ كلام الأبياريّ وغيره يوهِمُ أنَّ الاستحسان المالكيَّ مقصورٌ على هذا النَّوع من الاستحسان؛ وليس كذلك، وإنَّما اهتمَّ أولئك الأعلامُ بإبراز حقيقة الاستحسان الدَّارج في كلام المالكيَّة، والشَّائع في إطلاقاتهم، والمبثوث في تفريعاتهم.

الفرع الثَّاني

الدَّليل المقتضي للعُدول

الدَّليل المستحسن به: هو دليلٌ من أدلَّة الشَّرع ولم يكُن العدول عارِيًا عن الدَّليل أو خَلِيًا منه؛ إذْ يحرم الخروج عن الدّليل إلَّا لدليل أرجحَ منه اقتضى العُدول عنه والخروج منه؛ قال ابنُ رشد: «وأمَّا العدول عن مُقتضى القياس في موضع من المواضع استحسانًا لمعنى لا تأثيرَ له في الحكم، فهو ممَّا لا يجوز بإجماع؛ لأنَّه من الحُكْم بالهَوَى المحرَّم بنصّ التَّنزيل، قال عزَّ وجلَّ: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ الآية [ص: ٢٦]»(١)

والدَّليل الذي يستحسنُ المالكيَّة العدول به -غالبا- عن مُقتضى الأدلَّة الأصليَّة، هو الاستدلال المرسل، كما تقدم بَسْطُه فيما سَلَف.

وانظُرْ ما تَقدَّم في المرتكزات.

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٧.

الفرع الثَّالث

مناط الاستحسان

مَناطُ الاستحسان هو العلَّةُ التي من أجلها تُرِكَ الدَّليلُ الأصليُّ وعُدِل عنه إلى الدَّليل الذي كان به الاستحسانُ؛ وظاهرٌ أنَّ علَّة العدُول هي قُوَّة الدَّليل المستحسن به على الدَّليل الأصليِّ؛ لذلك عرَّفه منْ عرَّفه من المالكيَّة بأنَّه أخذٌ بأقوى الدَّليلين؛ لا سيَّما وأنَّ عامَّة استحسانات المالكيَّة ممَّا ترتَكِزُ على أصل الاستدلال المُرسَل؛ وهو من القُوَّة بمكان. ورَحِم الله ابنَ رشد الحفيدَ ما أقوى عارِضته حين قال: «**ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال: هو الالتفات إلى المصلحة والعَدْل**»[1].

* * *

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٢٤٢.

المطلب الثَّالث

المصطلحات ذاتُ الصّلة بأصل الاستحسان:

مِن المصطلحات التي لها بأصل الاستحسان صلةٌ مُصطلَحا: المصالح المرسلة، وتخصيص العلة.

الفرع الأول

المصالح المرسلة

أمّا المصالحُ المرسلة، فهي الأساسُ الذي يَقوم عليه أصلُ الاستحسان في أكثر معانيه في المذهب المالكيّ؛ لأنَّه الدَّليل الذي يَرتَكِز عليه المستحسنُ في ترك مُقتضى الدَّليل الأصليّ. ومن الملاحظ أنَّ كثيرًا ما يُخرِّجُ العُلماء مُدركَ بعض الفروع الاستحسانيَّة على أنَّها مصالحُ مرسلة، كما في مسألة تضمين الصّناع، فمنهم مَنْ يجعلها مثالا للمصالح المرسلة، ومنهم من يَعدُّها مثالا لأصل الاستحسان؛ وكلٌّ منهم مُصيب؛ ذلك أنَّ مَنْ جَعَلَ ذلك من المصالح المرسلة لَمَحَ جهةَ المصلحة المتحصّلة بغضِّ النَّظر عن الدَّليل الأصليِّ، ومَنْ نَظَرَ إلى أنَّ هذه المصلحة

عُورِضَت بقاعدة عدم التَّضمين في الإجارة فقُدِّمت المصلحةُ واستثنيت المسألةُ من أصل القاعدة-: عَدَّ ذلك استحسانا. وسيأتي فضلُ بيانٍ لهذا في المبحث الرَّابع، إنْ شاء الله تعالى.

الفرع الثَّاني

تخصيص العلّة[1]

ومن المصطلحات التي تربطُها وَشائجُ الصِّلة بأصل الاستحسان، مُصطلح «تخصيص العلة»؛ ومَكْمَنُ الصّلة أنَّ كثيرا من أهل الأُصول عدّوا الاستحسان من قَبيل تخصيص العلَّة كابن العربي[2]، والشَّاطبيّ[3]، وأبي بكر الرازي الجصاص[4]، وأبي

(١) الذي يقصده أهل الأصول من تخصيص العلة أو نقضها هو أنْ توجد العلَّة في محلّ ويتخلَّف مع ذلك الحكم. الجويني: البرهان ٢/ ف٩٦٩، الشيرازي: شرح اللمع ٢/ ف١٠٢٠، القرافي: نفائس الأصول ٧/ ٣١٣٠.
والعلة إمّا عقلية أوسمعية، فالعقلية يمتنع تخصيصها بإجماع أهل النَّظر، فمن شرط صحتها اطرادها، وإنَّما اختلفوا في العلّة الشرعية، هل يجوز تخصيصها أم لا؟. ابن القصَّار، المقدمة ١٨٠، الجويني، التلخيص ٣/ ٢٧١، الزركشي، البحر المحيط ٥/ ١٣٥.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨-٢٧٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٩.

(٤) ذكر معاني للاستحسان، منها: تخصيص العِلَّة بالنص وبالإجماع وبالقياس. أصول الجصاص ٤/ ٢٣٤، ٢٤٣.

الحسين البَصريّ، والرّازيّ، وابنِ تيميَّةَ، وابنِ القيِّم.

قال أبو الحسين البصري عن الاستحسان: «وذلك راجِعٌ إلى تخصيص العلة»[١]، وتبعه الرازي، فقال: «إنّ القياس إذا كان قائما في صورة الاستحسان في سائر الصور، ثمّ ترك العمل به في صورة الاستحسان، وبقي معمولا به في غير تلك الصورة-: فهذا هو القول بتخصيص العلة»[٢]. وارتضى ابنُ تيميَّة ما ذهب إليه أبو الحسين والرازي، فقال: «فسَّر غيرُ واحِدٍ الاستحسان بتخصيص العلَّة، كما ذكر ذلك أبو الحسين البصري والرّازي وغيرهما؛ وكذلك هو؛ فإنّ غاية الاستحسان الذي يُقال فيه إنه يُخالِفُ القياس حقيقته: تَخْصيصُ العلة»[٣]، وقال: «القولُ بالاستحسان المخالف للقياس لا يُمْكِنُ إلّا مع القول بتخصيص العلّة»[٤]، ونقله ابنُ القيّم[٥] عن شيخُه مُقرًّا به.

والنَّظرُ في كلٍّ من الاستحسان وتخصيصِ العلَّة يُفضي بالنَّاظر إلى تَلمُّح التَّشابُه بين مفهوم كلٍّ من المصطلحين؛ فالاستحسانُ الذي يَكون فيه العُدول عن العموم اللَّفظي إلى ما يقتضيه الاستدلالُ المرسل، ليس له مع تخصيص العلة من اتّفاق إلَّا مفهوم التَّخصيص. أمَّا الاستحسانُ الذي يكون فيه العُدول عن

(١) البصري، المتعمد ٢/ ٢٩٦.

(٢) الرازي، المحصول ٦/ ١٢٧- ١٢٨.

(٣) ابن تيمية، قاعدة في الاستحسان ٦٢.

(٤) ابن تيمية، قاعدة في الاستحسان ٦٢.

(٥) ابن القيّم، بدائع الفوائد ٤/ ١٢٦.

القياس الكليِّ إلى الاستدلال المُرسل فهو في حقيقته قولٌ بتخصيص العلّة، ولا يَتأتّى القولُ بهذا النوع من الاستحسان إلَّا مع الأخذ بتخصيص العلة.

لكن يشكل في هذا الموضع أن بعض الأئمة القائلين بالاستحسان، نفوا أن يكون من قبيل تَخْصيص العلة، وعَدُّوا ذلك فَسادًا في العلة كالسرخسي. وبعضهم نراه يَحتجُّ بالاستحسان، ولا يَقبَل تخصيص العِلَّة، كالقاضي أبي يعلى.

والجواب عن هذا الإشكال يقتضي بيانا:

قرَّر ابن تيمية[1] أنَّ بعضًا من الخلاف في جواز تخصيص العلة، إنْ لم يَكُن أكثره، دائرٌ في اختلاف أهل العلم في إطلاق «العلَّة»، فمن الاستقراء تبيَّن أنهم على طريقتين:

الأُولى: يُطلِقون العِلَّة على **العِلَّة الموجبة التامَّة** التي يَدخل في تكوينها التنصيصُ على الشُّروط وانتفاء الموانع، ويكون هذا الذِّكْرُ جَبْرًا للعِلَّة من النّقْض. وهذا النوعُ من العِلَل لا يَصحُّ تخصيصُها، ومتى انتقضت فَسَدَت.

الثانية: يُطلقون العِلَّة على **العِلَّة المقتضية وإنْ كانت ناقصة**، وهي تَقتَضي الحكم بشَرْط تَوفُّر الشروط وانتفاء الموانع، فيَصحُّ تخلُّف الحكم عنها إمَّا لفَقْد شَرْط أو وُجود مانع. وتخصيصُ هذا النوع من العِلَل يَصِحُّ عند ابن تيميَّة إنْ بَيَّن المستدلُّ الفَرْقَ المؤثِّرَ

---

(١) ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، ٢٩٥ وما بعدها، مجموع الفتاوى ٢٠/ ١٦٧-١٦٨، ٢١/ ٣٥٥-٣٥٧، المستدرك على مجموع الفتاوى ٢/ ١٥٢.

بين صورة الأصل وصورة التخصيص. أمَّا أنْ يَكتَفى بمُجرَّد الدليل المخصّص دون بيان الفرق كما يُصنَع في تخصيص العموم اللفظي، فهذا ما لا يَصحُّ.

وعلى هذا فالذي ثَبَتَ عنه القولُ بالاستِحْسان ثم صَغَا إلى نَقْض العِلَّة المخصّصة، فإنه على الطريقة الأولى من تفسير العِلَّة على أنها العلة التامة الموجبة، كالقاضي أبي يَعْلى[1].

وبعضٌ ممن أبْطَلَ الاستحسان كان ناظِرًا في إبطاله له إلى أنَّ في الاستحسان نَقْضًا للعِلَّة، وذلك لا يجوز، لأنه فسَّر العِلَّة بالعلة التامة الموجبة.

لذلك فإنَّ الاستحسان يَستَقيم القول به على القول بتخصيص العلة المقتضية التي قد يَتخلَّف الحكم عنها لانتفاء شَرْطٍ أو تَحقُّق مانع؛ لذلك لَزِمَ بيان الفرق -عند ابن تيمية- فيما هذا سبيله. وهذا ما يفهم في كلام ابن رشد الجد، قال: «وأمَّا العدول عن مُقتضى القياس في موضع من المواضع استحسانًا لمعنى لا تأثيرَ له في

---

(١) أبو يعلى، العدة ٤/١٣٨٦. وأفاد ابن تيمية أنَّ أبا يعلى رجع إلى القول بتخصيص العلة، قال ابن تيمية: «ولهذا رجع القاضي أبو يعلى في آخر عمره إلى ذلك، وذكر أنَّ أكثر كلام أحمد يدل عليه. وهو كما قال». [إقامة الدليل على بطلان التحليل ٢٩٧]. وأفاد محقق «العدة» (١٣٨٦/٤): في المسائل الأصولية من كتاب الروايتين ص (٧١) ذكر رأيين للحنابلة، الجواز وعدمه، ثم قال: «إن القول بالجواز هو المذهب الصحيح، ومسائل أصحابنا تدل عليه». وفي المسوَّدة (٤١٣): «قلتُ: وقد ذكر القاضي في مقدمة المجرد أن القول بجواز تخصيصها هو ظاهر كلام أحمد في كثير من المواضيع». انتهى النقل عن محقق «العدة».

الحكم، فهو ممَّا لا يجوز بإجماع؛ لأنَّه من الحُكْم بالهَوَى المحرَّم بنصّ التَّنزيل»[١].

وتَجِدُ السرخسي[٢] على انتصاره للاستحسان وبسطه له، ينكر تخصيص العِلَّة، وينفي كون ذلك مذهبًا لأصحابه؛ وهذا لجريانه على أنَّ العِلَّة هي العلَّة الموجبة التامَّة. ومَثَّلَه بمثال جيِّد، قال: «فإنَّا إذا جوَّزنا دخول الحمام بأجْرٍ بطريق الاستحسان، فإنما تركنا القول بالفساد الذي يُوجبُه القياس لانعدام عِلَّة الفساد، وهو أنَّ فَسادَ العقد بسبب جهالة المعقود عليه ليس لعين الجهالة، بل لأنها تُفْضِي إلى مُنازعة مانعة عن التسليم والتسلم، وهذا لا يوجَد هنا وفي نظائره، فكان انعدامُ الحكم لانعدام العِلَّة لا أنْ يكون بطريق تَخْصيص العِلَّة»[٣].

كذلك لما تناول أبو بكر الرازي الاستحسان[٤]، وأوْرَدَ على نَفْسه أنَّ القول بالاستحسان فيه تَخْصيصٌ للعِلَّة، قال بأنَّ ذلك لا يَلزم، لأنَّ تقييد العِلَّة (أي جبرها) مُمكِنٌ تلافِيًا للنُّقوض، بحيث لا يكون مَعَها تخصيصٌ للعِلَّة. لكنه لم ينسب هذ الرَّأيَ لأصحابه، لما وجد مشايخه مُتَّفقين على نسبة تَخْصيص العِلَّة للمَذْهب.

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٧.
(٢) السرخسي، أصوله ٢/ ٢٠٨.
(٣) السرخسي، أصوله ٢/ ٢٠٨.
(٤) أبو بكر الرازي، الفصول في الأصول ٤/ ٢٥٦.

المطلب الرابع

مذاهب العلماء في الأخذ بأصل الاستحسان

لما كثُرَ الاختلاف بين أهل العلم في هذا الأصل كان لزاما أنْ يُعرَضَ إلى حقيقة الخلاف؛ هل هو خلافٌ حقيقيّ أم هو خِلافٌ في الاصطلاح؟

الفرع الأوَّل

تحرير محل النـزاع

لقد اضطرَبَ بعضُ العلماء في حكاية حقيقة الخِلاف في المسألة، فمنهم من أَطلق وُقوعَ الخلاف، ومنهم مَنْ عَمَّم انتفاء الخلاف وأنَّه راجع إلى الخُلْف في العِبارات والاصطلاحات، أمَّا المضامين فمتَّفقٌ عليها؛ قال الزركشي: «نَبَّهَ ابنُ السَّمعاني على أنَّ **الخلاف بيننا وبينهم لفظي**... وقَريبٌ منه قولُ القَفَّال...»[(١)].

والظَّاهر أنَّ التَّعميم والإطلاق في هذا المقام ليس بسَديد ولا مُتّجه؛ فقد وقع الاتِّفاقُ على بعض معاني الاستحسان دون بعض. ولقد سَبَرتُ أنواع الاستحسان ومفاهيمَه المختلفة، فتحصَّل لي ما يلي:

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٩، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٧٢ .

أوّلا: تركُ الدَّليل من غير وَجْه حُجَّةٍ:

اتَّفق العلماء قاطبة على أنَّ تركَ الدَّليل، سواءً أكان نصّا أو قياسا، دون وجه حجَّة، ممَّا لا يجوز الإقدام عليه؛ ومَن عزا مثلَ هذا المذهب المتهافت إلى بعض أئمَّة الإسلام كأبي حنيفة، فقد ذَهل ووَهم الوَهمَ القَبيح؛ قال الأبياريّ: «ولا نشكّ أنَّ أحدًا من العُلماء يُجيزُ الإسناد في الأحكام إلى مثل هذا!»[١].

وقال ابنُ العربيّ: «... ولستُ أعلمُ أحدا من أهل القبلة قاله!»[٢]، وقال: «... وما كان ليفعل ذلك أحدٌ من أتباع المسلمين؛ فكيف أبو حنيفة؟!»[٣].

ثانيا: ترك القياس لدليل الكتاب والسنة والإجماع:

وهذا النَّوعُ من الاستحسان ممَّا لا خلاف فيه بين العلماء؛ لأنَّ الأصل المتَّفقَ عليه أنَّ القياس أضعفُ في الدّلالة من نُصوص الكتاب والسّنّة[٤] والإجماع؛ بل لا يجوز للمجتهد أنْ يَركَب متن الاجتهاد إلَّا إذا عَدِمَ المسألة منصوصا عليها في كتاب الله أو في سنَّة رسول الله ﷺ ولم تكُن المسألة إجماعيَّة.

قال الباجي: «القياسُ منه صَحيحٌ ومنه فاسد، فإذا لم يمنع من الأخذ به مانع، فهو القياس الصحيح والأخذُ به واجب، ولا يحل

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٢.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٣٦٣، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٤/ ١١٤.

(٣) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨.

(٤) نعم، وَقَع خلاف بين أهل العلم في تقديم خبر الآحاد على القياس، بما هو مَبسوطٌ في موضعه من كتب الأصول.

استحسانُ تركه والأخذ بغيره. وإذا منع من الأخذ به مانع من نصّ كتاب أو سنَّة أو إجماع أو قياس هو أوْلى منه؛ فإنَّه قياس فاسد وتركُه واجبٌ، وهذا مقتضى القياس. فمن سمَّى هذا استحسانا فقد خالف في التَّسمية دون المعنى»[(١)].

ثالثا: ترك القياس لقياس أقوى منه:

كذلك فإنَّ هذا القسم من المتفَّق عليه بين العلماء؛ إذ الكلُّ مُتَّفقون على أنَّ الأقيسة في حال تعارُضها وتدافعها يُؤخَذ بالأقوى منها والأرجح.

قال الشَّاطبي: «والأخذُ بأقوى القياسين متَّفق عليه»[(٢)].

لكنْ قد يختلفون كثيرا في ادِّعاء قُوَّة القياس الخفيِّ، ومنه تقديمه على القياس الظاهر. وقد سبق أنْ بَيَّنتُ أنَّ أكثر ما يكون العدولُ عن القياس الظاهر إلى القياس الخفي، لما اقتضاه القياسُ الظَّاهر من مخالفةٍ للمصلحة والعَدْل؛ وهذا سببُ العدول، وبه تَقوَّى القياس الخفيُّ. وهذا ما قد لا يُسلِّمه كثيرٌ ممن لا يَتَّسع في الاعتداد بالمصلحة، ومَنْ يَجْري في فقهه على طَرْد الأقسية الظاهِرة؛ لما في الظُّهور من قُوَّة في الأصل.

لهذا، فإنَّ الخلاف يُتصوَّر في هذا الملْحظ المذكور.

الرابع: تَخْصيص القياس بدليل المصلحة:

أمَّا الاستحسان الذي يرجع إلى تخصيص العلة أو تخصيص

---

(١) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٧-٦٨.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٧، وانظر الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ٢٤٠.

القياس بالاستدلال المرسل، فقد اختلف فيه العُلماء؛ إذ مسألةُ تخصيص العلَّة ممَّا اختلف فيها، فأجاز ذلك مالكٌ[١] وأبو حنيفة[٢]، ومَنَعَ الشَّافعيّ تخصيص العلّة[٣]، وعدَّ ذلك نَقْضًا للعلَّة وإبطالا لها. وعلى هذا، فالاستحسان على هذا المفهوم ممَّا جرى فيه خلاف أهل العلم، وليس موضعَ وِفاق بينهم.

وعلى تفسير الاستحسان بهذا المعنى، قال القفال والماوَرْدِي: «نحن نُخالِفُهم بناءً على أنه لا يَجوز تَخْصيصُ العِلَّة عندنا»[٤].

خامِسًا: تَخْصيص العموم اللَّفظي بالمصلحة المرسلة:

وهذا النوعُ ممّا انفرد به المالكيَّة على ما حكاه القاضي ابن العربي[٥]. وقد سبق في بحث أصل الاستدلال المرسل أن تُنووِلتْ مسألةُ تخصيص العموم بالمصلحة المرسلة.

ومنه فإنَّ هذا النَّوع من الاستحسان ممَّا جَرَى فيه الخِلافُ بين أهل العلم.

سادسا: تخصيص الدليل بالعرف:

سيأتي في بيان أقسام الاستحسان عند المالكيَّة أنَّ هذا القسم يرجِعُ في الحقيقة إلى تخصيص الدَّليل بالاستدلال المرسل.

---

(١) الباجيّ، إحكام الفصول فقرة ٧٠٣، ابن العربي، المحصول ١٣٨.

(٢) الدبوسي، تقويم الأدلة ٣٤٩، ٣٦٤، السمرقندي، الميزان ٦٣١، البخاري، كشف الأسرار ٤/ ٥٧- ٥٨.

(٣) الشيرازي، شرح اللمع ٢/ ١٨٦.

(٤) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٠.

(٥) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٦٨٣.

وعليه، فإنَّ الخلاف الواقع هناك ينسحِبُ على هذا النَّوع؛ إذا سُلِّم جعلُه نوعا مُستقلّا.

فتحصل من هذا كلِّه أنَّ هُناك خِلافًا في أصل الاستِحْسان؛ وموطنُ الخلاف يتمثَّل في تخصيص الدَّليل العامّ من عموم لفظيّ أو قياس بالاستدلال المرسل؛ وهذا هو عينُ الاستحسان المالكيِّ. ويدخل الخلاف كذلك ما ذكرتُه قبلُ من تقديمٍ للقياس الخفيِّ على القياس الظَّاهِر، للخِلاف في التعويل على بعض المعضِّدات التي هي مُظاهِرةٌ للقياس الخفيِّ.

الفرع الثَّاني: مذاهب العلماء في الاستحسان المختلَف فيه:

بناءً على ما تقدَّم من تحرير محلّ النزاع نخلص إلى ذكر مذاهب العلماء باقتضاب ليكون ذلك أتمّ في تصوّر المسألة وتبين حقيقة النزاع فيها:

فقد قال به مالك[١] وأبو حنيفة[٢]، وأنكره الشافعي[٣].

أمَّا أحمدُ فعنه روايتان الأُولى بالجواز، حكاها عنه أبو الخطَّاب[٤]؛ والأُخرى بالمنع، حكاها عنه أبو يعلى[٥].

ومن الفوائد الجليلة ما أفاده الباجيّ من أنَّ الاستحسان قد جَرَى عملُ العلماء في المناظرة والحِجاج بتركه في زمانه؛ قال

(١) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨، الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١٣٧.
(٢) البخاري، كشف الأسرار ٤/ ٤، الدبوسي، تقويم الأدلة ٤٠٤-٤٠٥.
(٣) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٥-٩٦.
(٤) الكلوذاني، التمهيد ٤/ ٨٧، المرداوي، التحبير شرح التحرير ٨/ ٣٨٢٢.
(٥) المرداوي، التحبير شرح التحرير ٨/ ٣٨٢٢.

الباجيّ: «وذهب إلى الأخذ به من تقدَّم ذكره من أصحابنا، وبه قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ وأصحابه؛ غير أنَّهم قد تركوا استعمالَه في المناظرة في زماننا هذا»[١]. والذي ظهر لي في سبب ترك ذلك في مجالس المُناظَرةِ: أنَّ المناظرة مبنيَّة في أكثر سُبلها على نقضِ علل الخصم التي عليها يبني حُكمه، فلو أنَّ المناظِر لم يلتزم تركَ الاستحسان، لكان لا يعدّ ما يورِده عليه المناظرُ من نقضِ العلة نقضًا بل تخصيصا، وهو يلتزمه، وإذا التزمه خرجت المُناظَرَةُ عن معناها، فمهما نقضَ المناظر العلَّة التزم الخصمُ ذلك بناءً على جواز تخصيص العلّة، أي الاستحسان، فتخرجُ المناظرةُ عن معناها التي لها وُضِعَت.

قال ابن تيمية بعد بيانه للعلة الموجبة والعلة المقتضية: «وإنْ كان هذا الخلاف يَترتَّبُ عليه اصطلاحٌ جَدَليٌّ؛ وهو أنه هل يُقبَلُ من المستدلِّ جَبْرُ النَّقْض بالفَرْق بين صورة الفرع وصورة النقض، أو لا يقبل منه ذلك، بل عليه أنْ يأتي بوصف يَطَّرد لا ينتقض البتة، ومتى انتقض انقطع فيه؟ أيضا اصطلاحان للمتجادِلين:

(١) وكان الغالب على أهل العراق في حدود المائة الرابعة قبلها وبعدها إلى قريب من المائة الخامسة، إلزامَ المستدل بطَرْد عِلَّته في مخاطباتهم ومناظراتهم ومُصنَّفاتهم.

(٢) وأمَّا أهلُ خُراسان، فلا يلزمونه بذلك، بل يلزمونه ببيان تأثير العِلَّة ويجبرون النقض بالفرق، وهذا هو الذي غَلَبَ على

---

(١) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٨.

العراقيين بعد المائة الخامسة.

وتجد الكتب المصنفة لأصحابنا وغيرهم في الخلاف بحسب اصطلاح زمانهم ومكانهم، فلما كان **العراقيون في زمن القاضي أبي يعلى والقاضي عبد الوهاب بن نصر وأبي إسحاق الشيرازي** ونحوهم **يُوجِبون الاطراد** غَلَبَ على أقيستهم **تحريرُ العبارات وضبط القياسات المضطردات**، وتستفاد منها **القواعدُ الكليات**... ولما كان العراقيون المتأخرون لا يلتزمون هذا فَتَحوا على نفوسهم سؤال المطالبة بتأثير الوصف وطوائف من متقدمي الخراسانيين»[1]. وهذا يوافق كلام الباجي، فإنَّ الباجي من القرن الخامس، تُوفِّي سنة ٤٧٤هـ، وهو تلميذ أبي إسحاق الشيرازي.

* * *

(١) إقامة الدليل على بطلان التحليل ٢٩٥-٢٩٦.



المبحث الثّاني

الاستحسان في المذهب المالكيّ حجية، وأقساما، وشروطا، ومجال إعمال، ومقتضيات الأخذ به

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ هي:

المطلب الأوّل: الاستحسان: حجيّته في المذهب المالكيّ.

المطلب الثّاني: الاستحسان: أقسامه وأنواعُه في المذهب المالكي.

المطلب الثّالث: الاستحسان: شروطه، ومجالُ العمل به.

المطلب الرابع: الأصول المصلحيَّة المقتضية للعُدول عن الدَّليل الأصليّ، وكواشِفُ عُمومِ الحاجة المقتضية للاستحسان.

* * *

المطلبُ الأوّل

الاستِحسان: حُجيّته في المذهب المالكيّ

لقد تتابع عُلماء المذهب المالكيّ على عدِّ الاستحسان أصلا من أصول مذهب مالك وأصحابه؛ ومن هذه النُّصوص المصرِّحة بصحَّة هذه النّسبة وثبوتها:

قال أبو عبد الله محمد بن أحمد بن خويز منداد البصري في كتاب «الجامع لأصول الفقه»: «ولقد عوَّل مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ على القول بالاستحسان، وبَنَى عليه أبوابًا ومسائلَ من مذهبه»[1].

وقال ابنُ العربيّ: «وعلماؤنا من المالكيَّة كثيرًا ما يقولون: القياسُ كذا في مسألة، والاستحسانُ كذا»[2]، وقال: «والاستحسانُ عندنا وعند الحنفيَّة هو العمل بأقوى الدَّليلين...»[3].

وقال الشَّاطبيّ: «إنَّ الاستحسان يراه مُعتبرًا في الأحكام مالكٌ وأبو حنيفة»[4].

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠، كشف النقاب ١٢٥.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨.

(٣) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨-٢٧٩.

(٤) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١٣٧.

وقد عَدَّ غيرُ واحِدٍ من المالكية الاستحسانَ أصلا من أصول المذهب المالكي، وأثبتوا أنَّ مالكا كثيرًا ما يَأوي إليه في فُروعه الفقهيَّة؛ وممن نسب ذلك: أبو محمَّد صالح[١]، والحجويّ[٢].

وأفاد الشيخ ابن عاشور أنَّ عبارة الاستحسان كثيرة الوقوع في أقوال مالك وأصحابه؛ قال: «تقع هذه العبارة (الاستحسان) كثيرا في الاستدلال للفروع من كتب الحنفية، وقد وقعت أيضا في مواضع من كتب فروع المالكية في حكاية أقوال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ وأصحابه»[٣]. على أنه فَسَّر معناها على أنه ترجيحٌ بين دَليلَين بالأخذ بأقْواهما.

وقال ابنُ تيميَّةَ: «... وكُتبُ مالِكٍ مَشحونةٌ بالاستحسان»[٤].

وقال أبو يعلى الحنبلي: «وكتُبُ مالك بن أنس مشحونة بذكر الاستحسان في المسائل»[٥].

وبعد تتبُّعي لأقوال الإمام مالك وأصحابه وَجَدْتُ طائفة كبيرةً من الفروع الفقهيّة في المذهب كان أساس الاعتماد فيها على الاستحسان الذي سَبَقَ بيانُ حقيقته؛ وهذا ليس خاصّا بمالك بل إنَّه يَمتدُّ إلى تلاميذه كابنِ القاسم وأشهبَ، وإلى تلاميذ تلامذتِه كأصبغَ بنِ الفرج، ومن بعدهم كمحمَّدِ بنِ الموّاز:

---

(١) النفراوي، الفواكه الدواني ١/ ٢٣، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢/ ٢٥٠، الوزاني، المعيار الجديد ١١/ ٩٣، الحجوي، الفكر السامي ١/ ٤٥٥.

(٢) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ٤٥٦-٤٥٧.

(٣) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٩.

(٤) آل تيمية، المسودة ٢/ ٨٣٥.

(٥) أبو يعلى، العدة ٥/ ١٦٠٧.

قال الباجي بعد تفسيره لمعنى الاستحسان: «وهذ كثيرا ما يَستعمله أشهبُ، وأصبغُ، وابنُ الموَّاز»[١]. وقد أحسن الباجي أيَّما إحسان في التنصيص على هؤلاء الثلاثة، فهم بحقٍّ أكثر من يجري في كلامه لفظة الاستحسان التي تُقابل القياس.

ومن الأقوال المأثورة عن مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ الثَّابتة عنه قولُه: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»[٢]؛ قال أصبغُ في بعض مسائل «المستخرجة»: «. . . فإني أستحسن ههنا. . . استحسانًا، والقياسُ أن يكونا سواء، . . . والاستحسانُ في العلم يكون أغلب من القياس، وقد سمعتُ ابن القاسم يقول ويَرْوي عن مالك أنه قال:

(١) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٥، ٥/ ٥٨. وانظر عند: ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠، كشف النقاب ١٢٥. والظَّاهر أنَّ إطلاق «تسعة أعشار» لا تُراد حقيقة؛ فهي جاريةٌ مجرى المبالغة؛ وهذا مَعْهود في كلام العرب؛ من ذلك قول الأصمعيّ لَمَّا سئل عن شعر الفرزدق: «تسعةُ أعشار شعره سرقةٌ». الأصمعي، فحولة الشعراء ٣٨.

وفي الموطأ: أن مالكا بلغه أن عمر بن الخطاب أراد الخروج إلى العراق، فقال له كعب الأحبار: لا تخرج إليها يا أمير المؤمنين، فإنَّ بها تسعةَ أعشار السحر، وبها فسقة الجن، وبها الداء العضال.

وفي مُسنَد الدَّارمي: عن عمرو بن ميمون قال: ذهب عُمَرُ بثلثي العلم. فذكرت لإبراهيم، فقال: ذَهَبَ عُمَرُ بتسعة أعشار العلم.

وكقول ابن لنكك:

لا تخدعنْك اللّحى ولا الصُّوَرُ *** تسعةُ أعشار مَنْ ترى بقر

الثعالبي، يتيمة الدهر ٣/ ٤١٠ .

تسعةُ أعشار العلم الاستحسانُ...»[١].

ومن مواقع وُرود الاستحسان بالمفهوم الاصطلاحيّ في كلام أئمَّة المذهب:

قولُ ابنِ القاسم في مسألة من مسائل المدوَّنة: «**خفَّفه** -أي مالك- **على وَجْه الاستثقال منه له في القياس**. ولقد قال لي مالك مرة: لا يعجبني؛ **ثم خفَّفه**، وجلُّ قوله في القديم والحديث ممَّا حملناه عنه نحن وإخواننا **على التَّخفيف على وَجْه الاستحسان؛ ليس على القياس**»[٢]؛ فطردُ القياس يستوجب ثِقَلا وغلوًّا نُزِّه الشّرع عنهما، فخفّف مالكٌ واستثنى المسألة من أصل المنع، تعويلاً على أصل الاستدلال المرسل.

وقال ابنُ القاسم في بعض مسائل «المدوّنة»: «**إنَّما استحسن مالك... وما هو بالقياس، ولكنه استحسان...**»[٣].

وقال أشهبُ في مسألة من مسائل الكِتاب: «**إنَّما هو استحسان، والقياس** فيه أنَّه مفسوخ... **فالقياس فيه أنَّه يُفسخ ولكني أستحسن أنه جائز؛ لأنَّ هذا ممَّا لا يجد النَّاس منه بُدّا...**»[٤]؛ أي إنَّ حاجة الناس الماسة لذلك التعامل حَدَتْ بأشهب أن يستثني المسألة من القياس المقتضي للفسخ؛ فترى كيف

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٥.

(٢) سحنون، المدونة ٣/ ٣٢٠.

(٣) سحنون، المدونة ٤/ ٢٩١.

(٤) سحنون، المدونة ٣/ ٢٥.

ترك القياس للاستدلال المرسل[١].

ومن أكثر فُقهاء المذهب المالكيِّ المتقدّمين ذِكْرًا للاستحسان الاصطلاحيِّ أصبغُ بنُ الفرج، فقد أُثِرَت عنه مسائلُ صرَّح فيها بترك القياس والأصول التَّجريديّة والقول بالاستحسان حيثُ حَسُن ذلك؛ تلافِيا لما يعتري تطبيقَ القياس وطردَه من غلوّ ومُجانفة لمنهج الشرع:

قال الشَّاطبي: «وقد بالغ أصبغ في الاستحسان حتَّى قال: إنَّ المغرق في القياس يكادُ يُفارِق السّنّة، وإنَّ الاستحسان عِمادُ العلم. **والأدلَّة المذكورة تعضُد ما قال**»[٢].

وقال أصبغ في بعض مسائل «المستخرجة»: «... **فإنِّي أستحسن** ههنا... استحسانا، والقياس أن يكونا سواء،... **والاستحسان في العلم يكون أغلبَ من القياس...**»[٣].

وقال أصبغ في مسألة اختلف فيها ابن القاسم وأشهب: «قول ابن القاسم أحبُّ إليَّ **استحسانا**، قال: والقياس قول أشهب»[٤].

---

(١) وهذا كذلك يدفع ما تقدم عَزْوُه لأشهب من أنَّ الاستحسان عنده هو تركُ القياس للعُرْف. وفي «النوادر والزيادات» نُقولٌ مُستفيضةٌ عن أشهب نصَّ فيها على **الاستحسان** في مقابلة القياس.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢١٠. وعند حلولو في التوضيح شرح التنقيح ٤١٢: «قال أصبغ: الاستحسان عماد الدين، ولا يَكادُ المغرِقُ في القياس إلا مُخالفًا للسنة» وعزا الشاطبي الاعتصام ٣/ ٦٤ قوله: «ولا يكاد... للسنة» لمالِكٍ. وفي قواعد المقري (١٠٨٣): «وقول أصبغ الاستحسان عماد الدين، وقال: ما يكون الغريق (**كذا**) في القياس إلا مخالفا للسنة».

(٣) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٥.

(٤) ابن رشد، البيان والتحصيل ١٠/ ٤٦٥.

وقال ابن المواز: «. . . وهو استحسان، وهو **أغلب من القياس**»[١]، وقال: «. . . وإنه للقياس، وربما غلب الاستحسانُ في بعض العلم»[٢]. وقال: «. . . وإنه لَوَجْهُ القِياس؛ وإنَّ الاستحسان في كثيرٍ من العلم أمْلَكُ»[٣].

إلى غير ذلك من الأقوال والنّصوص المبثوتة في كتب المسائل كـ: «المدوَّنة» و«العتبيَّة» و«النَّوادر والزِّيادات».

وبعدَ هذه النّقول المستفيضة عن مالك وأصحابِه لا يبقى للشّك أدنى مخالجة في أنَّ الاستحسان أصلٌ في مذهب مالك وأصحابِه؛ وأنَّ ذلك لا يكون من قِبَل البَداء والتَّشهّي، وإنّما هو ترك لدليل لمعارضته بدليل أقوى منه وأثبت.

وإذا ثبت هذا، نسوق قول القاضي عبدِ الوهّاب عن الاستحسان: «**ليس ذلك بمنصوص من مالك**؛ إلَّا أنَّ كتب أصحابنا مملوءة منه، ونصّ عليه ابنُ القاسم وأشهب وغيرُهما»[٤].

ونردف ذلك بقول القرطبيّ، فقد أنكر أنْ يكون الاستحسانُ أصلا من أصول مالِكٍ؛ وقال: «ليس معروفا من مذهبه»[٥].

أمّا قول القاضي عبد الوهاب فيُقال:

---

(١) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ١٢/ ٢٧٥.

(٢) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ١٣/ ١٣٤.

(٣) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ١٤/ ١٠٤. كذا في المطبوع: أملك.

(٤) آل تيمية، المسودة في أصول الفقه ٢/ ٨٣٢، الزركشي، تشنيف المسامع ٣/ ٤٣٧-٤٣٨.

(٥) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٥.

أوّلا: إنَّ النُّصوص المتقدِّمة المنقولة عن مالِكٍ والتي صرَّح فيها بالاستحسان تَدفَعُ أنْ يكون القولُ به غير منصوص له، ويَكفي في ثبوته ما نقله أصبغُ عن ابن القاسِم عن مالك قوله: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»، وإيرادُ أصبغ لقول مالك هذا كان في سياق بَيانه لما يَؤول إليه طَرْدُ القياس في كل المحالِّ من إغْراقٍ وغُلوٍّ، فيستدعي ذلك أنْ يُتلافى هذا الإغْراقُ بترك القياس والأخذ بالاستحسان؛ وهذا هو الاستحسان الاصطلاحي.

واستدلالُ أصبغَ بكلام مالِكٍ المتقدّم ممَّا يدلُ على انطباق مفهوم الاستحسان في كلام مالِكٍ على الاستحسان الذي قعَّد له أصبغ، أو على الأقلّ يكون مفهوم الاستحسان عند أصبغَ من مشمولات مفهومِ الاستحسان في مَقالة مالِكٍ المتقدِّمة؛ وإلَّا فالاستدلالُ بهذا القول باطل؛ وهذا ممَّا يبعُد عن مثل أصبغ.

ثانيا: على فَرْض أنَّ مالِكًا لم يَنُصَّ على لَفْظة الاستحسان بمعناها الاصطلاحيِّ، فلا يَلْزَم من عدم التَّلفُّظ بهذا الاصطلاح أنَّه غيرُ قائل بمضمونه؛ والدَّليلُ على ذلك أنَّ بعض المسائل التي رواها ابنُ القاسم عن مالك والتي لم يُصرِّح فيها مالك بمُدركه أبان فيها ابنُ القاسم نفسُه أنَّ اعتماد مالِكٍ فيها كان على الاستحسان الاصطلاحيِّ، ومن ذلك: قول ابن القاسم في مسألة: «**خفَّفه** -أي مالك- **على وَجْه الاستثقال منه له في القياس**. ولقد قال لي مالك مرة: لا يعجبني؛ **ثم خفَّفه**، وجُلُّ قوله في القديم والحديث مما حَملْناه عنه نحن وإخواننا **على التَّخفيف على وَجْه**

الاستحسان؛ ليس على القياس»[١].

وقال ابنُ القاسم في بعض مسائل المدونة: «**إنَّما استحسن مالك... وما هو بالقياس ولكنه استحسان...**»[٢].

فترى كيف أنَّ ابن القاسم أبْدَى مُدْرك إمامه، وهو أخبرُ بذلك لأنَّه المباشر لسؤال الإمام، فهو أعرفُ بمقاصده وبأوجه أقواله ومَداركها؛ وهذا بمنزلة التَّنصيص على هذا الأصل. وهذا ما يُثبتُ كونَ الاستحسان من أصول مالك الثَّابتة عنه، والمعلومة عند أصحابه الذين تتلمذُوا له. على أنَّ ظاهِر كلام القاضي عبد الوهاب لا يَدلُّ على نَفْي هذا الدَّليل عن مذهب مالِكٍ، وإنَّما يُفيدُ أنَّ مالِكًا لَمْ يَنُصَّ عليه صَراحةً.

أمَّا ما قاله أبو العبّاس القُرطبيّ، فالذي يَظْهر لي أنَّه كان يَرْمي إلى إنكار الاستحسان الذي لا مُستنَدَ له، وهو استحسانٌ -ولا شكَّ- باطلٌ ومنكرٌ، ولا قائلَ به من أئمَّة الإسلام؛ وممَّا قد يُشير إلى ذلك أن الزَّركشي نَقَل هذه العبارة عن القرطبيِّ عَقِبَ نسبة الاستحسان من إمام الحرمين إلى مالِكٍ؛ قال الزَّركشيّ: «ونسبه إمامُ الحرمين إلى مالِكٍ؛ وأنكرَه القرطبيّ، وقال: ليس مَعروفًا من مذهبه»؛ فلعلَّ إنكار القرطبيِّ إنَّما كان على أساس أنَّ الاستحسان عند إمام الحرمين هو ترك الدَّليل من غير حُجَّةٍ؛ ومالكٌ لا يقول بهذا النَّوع من الاستحسان ولا أحدٌ من أصحابه، بل ولا يُعرَفُ عن أحدٍ من الأئمَّة المقتَدى بهم.

---

(١) سحنون، المدونة ٣/ ٣٢٠.

(٢) سحنون، المدونة ٤/ ٢٩١.

تأويل ما رُوِيَ عن أئمَّة المالكية في الاعتماد على الاستحسان:

وَقَع لأبي عبد الله المقَّريِّ من المالكيَّة تأويلٌ للنَّصّ المأثور عن مالك: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»، بحيث خَرَجَ عنْ أن يكون دالّاً على حُجيَّة أصل الاستحسان؛ قال المقّريّ: «. . . **والاستحسان آفة النصوص والأصول**؛ ولله درّ محمَّد[1] إذْ يقول من استحسن فقد شَرَع.

وأمَّا مَنْ قال: **الاستحسان تسعة أشعار العلم**، وقول أصبغَ: **الاستحسان عِمادُ الدِّين، وقلَّ ما يكون الغريق[2] في القياس إلا مُخالِفًا للسنَّة**-: فإنْ لم يَكُن معناه: أنّ ذلك في الوقائع التي تُعرض للقُضاة والمُفتين فيعتبرونها بقرائنها وعلى حسَب أحوال أصحابها من غير أن يُجعل الحكمُ أو الفتيا عامًّا في فرض تلك النّازلة مع إهمال قرائنها-: فلا وَجْهَ له، كما أنَّ هذا قد لا يجد عنه الحاكِمُ ولا المفتي مَندوحةً، وإنْ جَرَى ظاهِرُ حكمه على خلاف النّصِّ أو القاعدة، فإنْ تناوله قولُ الشّافعيِّ لم يَصحَّ إطلاقُه أيضا، ولذلك قيل: الاستحسانُ شيءٌ يَنقدِحُ في نفس المجتهد تَعسُر العبارةُ عنه؛ فافهم!»[3].

وما أبداه المقّريّ من تأويل لكلام أصبغَ ومالكٍ مردودٌ بالسِّياق

---

(١) من اصطلاح المقّريّ في كتاب القواعد أنَّه إذا أطلق نسبة القول لـ: «محمَّد» فإنَّما يعني محمَّد بنَ إدريسَ الشّافعيّ، لا ابنَ الحسنِ الشَّيبانيّ، ولا ابن المواز، ولا ابن سحنون، ولا ابن عبد الحكم.

(٢) كذا في كتاب القواعد، وقد تقدّم عند الشّاطبيّ: «المُغرِق».

(٣) القواعد، المقري رقم ١٠٨٣.

الذي أَورَد فيه أصبغُ قولَ مالك؛ وقد فسَّر ابنُ رشد الجدُّ نَصَّ مالِكٍ وأصبغَ على الاستحسان الاصطلاحيِّ[١]، لا على ما تأوَّله أبو عبد الله المقّريّ؛ كما أنَّ تمالُؤ جُمهورِ المالكيَّة على إيراد هذه المقالة الثّابتة عن مالك في أصل الاستحسان، مُستدلِّين بها على قول مالكٍ به أصلا شرعيًّا؛ كلُّ ذلك يُؤكّد كونَ الاستحسان الذي قصَدَه هو الاستحسان الاصطلاحيّ، أو على أقلِّ تقدير يكون الاستحسانُ الاصطلاحيُّ من مَشْمولاتِ الاستحسان الذي أوْرَدَه إمامُ دار الهجرة في ذلك القِيل.

على أنَّ المعنى الذي تأوَّله المقّريُّ ممّا يقول به المالكيَّة[٢].

اختِيارُ الباجيِّ والمقري من المالكية عَدَم الأخذ بالاستحسان:

ومع هذا الذي تقدَّم، فإنَّا نَجِدُ بعضَ المالكيَّة اختاروا القولَ بردِّ الاستحسان وعدم الأخْذ به، ونَفَوا أنْ يكون أصلا تشريعيّا. وردُّ مَن رَدَّ ذلك كان على جِهة الاختيار منهم، لا على أنَّه مذهبُ المالكيَّة.

ومن الذين عُلمَ منهم إنكارُ الاستحسان وردُّه: القاضي أبو الوليد الباجيّ[٣]، وأبو عبد الله المقّريّ، وبالَغَ في إنكاره. وعَزاه القَرافيُّ إلى العِراقيِّين من المالكيَّة[٤]. ولم يَرتَض أبو

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٦.

(٢) انظر مثلا في ذلك: الونشريسي، المعيار المعرب ١٠/٧٩-٨٠.

(٣) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٧.

(٤) القرافي، شرح تنقيح الفصول (مع الحاشية لابن عاشور) ٢/ ٢٣٠. قال القرافيُّ: «وهو حُجَّةٌ عند الحنفية وبعضِ البصريِّين مِنَّا، وأنكَره العِراقيُّون». واختلفت النسخ =

عُبيد الجبيري من مالِكٍ ما كان على خِلاف الأصول[١]، وهذا منه إنكارٌ لمسلك الاستحسان. والجبيريُّ على أندلسيته، فعِلْمُه عِراقيٌّ، رَحَل إلى العراق وتتلمذ على الشِّيخ أبي بَكْرٍ الأبهريِّ.

كما نَسَبَه الباجيُّ -وهو عِراقيُّ العلم- إلى بعض الأصحاب، مُبهِمًا عنهم؛ قال الباجي في «المنتقى» في سياق مسألة بحثها: «وهذا سائغٌ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان؛ فأمّا القياس والنّظر فالمنعُ من ذلك؛ ومَنْ أنكَر من أصحابنا الاستحسانَ مَنَع ذلك كلّه؛ وهو الصّواب عندي»[٢].

وقد بَلَغ الباجيّ أنْ يقول بعد أن فسَّر الاستحسان بتفسيره المرضيّ في المذهب -: «وإذا قلنا إنه ترك مقتضى القِياس، فحدُّه

= الخطية في ذلك (كما في تحقيق الغامدي، ورجَّح قراءة: المصريين. على أن أكثر النسخ الخطية من التنقيح وشرحه: البصريين). (وكذلك هي النسخُ الثلاث المطبوعة في تونس: «البصريين»). وقد رجَّح غير واحد أنَّ «البصريِّين» تحرَّفت عن «المصريِّين»، مُقابلة للمصريين بالعراقيين، ويبعد مقابلتهم بالبصريين. وأحسب أنْ لا تحريف ولا تصحيف، وإنما يُريد القرافي من «بعض البصريِّين»: ابن خويز منداد البصري، فقولُه في الاستحسان من أشهر الأقوال. والله أعلم. على أنَّ المصريِّين من المالكية قائلون بأصل الاستحْسان، كابن القاسم، وأشهب، وأصبغ، وابن المواز، كما تقدَّم. والقول الفصل في هذا هو النظرُ في مأخذ القَرافي، والقاطع أنه عن الإشارة للباجي، قال (٣١٣): «ذهب بعض البصريِّين من أصحاب مالكٍ وأبي حنيفة إلى إثباته، ومنع منه شُيوخنا العِراقيُون والشافعي».

(١) الجبيري، التوسط بين مالك وابن القاسم، [نقلا من ملاحق مقدمة ابن القصار، تحقيق السليماني، ٢١٣]. وقد سبق نقل نصه.

(٢) الباجي، المنتقى ٥/٨٨-٨٩ .

بما تقدّم من أنه اختيار القول من غير دليل ولا تقليد»[١]، فجعل الاستحسان اختيارا من غير استناد إلى دليل ولا تقليد؛ وقد سبق ما في كلام الباجيّ من خلل.

وقال المقّريّ مُعلِّقًا على بعض قول الغزالي في مسألة من مسائل الفقه: «قلت: هذا استحسان وليس من أصول مذهبه... على أنَّ تقدير الاتِّساع وإصلاح أمور الناس ونحو ذلك فيما خالف الأصول الشرعية-: وهْم لا حقيقةَ له، إنما زُيِّن للمستحسنين ليتجرؤوا على مخالفة أصول الدين»[٢]. وقال المقري منكرا الاستحسانَ: «...على أنَّ شأن الاستحسان أنْ لا يقِف بصاحبه على ساق»[٣]، وقال: «...والاستحسانُ آفةُ النّصوص والأصول؛ ولله در محمَّد إذْ يقول: «مَن استحسن فقد شَرَع»...»[٤].

وما اختاره الباجي وبعده المقَّريُّ إنَّما هو اختيارٌ منهما، ولم يَنسُباه إلى المذهب.

على أنَّ ما نُسِبَ للعِراقيِّين من المالكيِّين، قد يُحمَل على إنْكارهم تَخصيصَ العلة الموجبة، الداخل في تشكيلها ذِكْرُ انتِفاء الموانع. فلو أُخِذَ الاستحسانُ على تَخْصيص هذا النوع من العِلَل، لكان سَديدًا. لذلك فإنَّ ظاهِرَ الاختِلاف المنقول -لو حُقِّق- راجِعٌ

---

(١) الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٨.

(٢) المقري، القواعد رقم ٩٦٦.

(٣) المقري، القواعد رقم ٢٧، وانظر كذلك: القواعد رقم ٤١١، ٤١٩، ٩٦٦.

(٤) المقري، القواعد، رقم ١٠٨٣.

إلى اختلاف في العبارة عن مَفهوم العِلَل وتخصيصها. ومما يَدُلُّ على هذا: أنَّ ابن تَيميَّةَ نَسَبَ طريقةَ جَبْر العِلَل بتَحْريرها وتدقيقها، والتنصيصِ على الشُّروط وانتفاء الموانع فيها-: للعِراقيِّين من القَرْن الخامس، ونَصَّ على القاضي عبد الوهاب بن نَصْرٍ (ت **٤٢٢**هـ). ومما يُؤيِّد هذا: أنَّ أكثر العِراقيِّين من المالكية غيرُ قائلين بتَخْصيص العِلَّة، وينقلون عن المذهب ذلك، ويُنكِرون على مَنْ عَزاه لهم[1].

* * *

(١) راجع مسألة تخصيص العلة من «التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف النقلُ فيها عن الإمام مالك»، للمؤلِّف.

المطلب الثاني

الاستحسان: أقسامه وأنواعه في المذهب المالكي

ممَّن عُنِيَ بتتبُّع أنواع الاستحسان الواقع في المذهب المالكيِّ: القاضي ابنُ العربي من المتقدِّمين، وابنُ عاشور من المتأخِّرين؛ فقد تتبَّعا مَواقِعَ الاستحسان في كلام فُقَهاء المالكيَّة وخرَجوا بأنواعه عندهم. وبين تقسيم ابنِ العربيّ وتقسيم ابنِ عاشور بعضُ التَّداخل. وكان الأساس الذي قام عليه كلٌّ من التَّقسيمين، هو لحظ الدَّليل الذي كان به الاستحسان، والمعنى الذي كان العُدول لأجله. على اعتبار أنَّ تَقْسيم ابن عاشور لَحَظَ فيه مُطلَقَ إطْلاق لفظة «الاستحسان» ومُشتَقَّاتها، لا خُصوص الإطلاق الاصطلاحيِّ، إذْ فسَّر الاستحسان عند مالك على مُطلَق الترجيح بين الدليلين، كما سيأتي.

وهذا أوان سوق كلٍّ من التَّقسيمين:

التَّقسيم الأول: تقسيم القاضي أبي بكر بنِ العربيّ المَعافريّ:

قال ابن العربي: «واختلف أصحابُ أبي حنيفة في تأويله على أربعة أقوال.

وأمَّا أصحابُ مالك فلم يكُن فيهم قويّ الفكر[1]، ولا شديد

---

(١) في النسخة الخطية بمكتبة الملك عبد العزيز العامَّة: «الفكِّ». وهي صحيحةٌ، وهي كناية عن العارِضة. وهذه القراءة أشبهُ أنْ تكون الصوابَ الذي جَرَى به قَلَمُ ابن العَربي.

المعارضة[١]، يُبْرِزه إلى الوجود؛ وقد تتبَّعناه في مذهبنا وألفيناه أيضا مُنقسمًا أقسامًا:

فمنه: **(ترك الدليل للعرف)**، ومنه: **(ترك الدَّليل للمصلحة)**، ومنه: **(تركِ الدَّليل لإجماع أهل المدينة)**[٢]، ومنه **(ترك الدَّليل في اليسير لرفع المشقة وإيثار التَّوسعة على الخلق)»**[٣].

---

(١) في النسختين الخطيتين: التركية، والسعودية، وفي المطبوع من فتاوى البُرزلي: المعارضة. والعبارة ليست وارِدةً في الموافقات والاعتصام والبحر، للاختصار. أمّا في شرح ابن ناجي على الرسالة: «لم يكن فيهم شديد عارضة يبرزه. . .». وهي قراءة جيدة!

(٢) هكذا في المحصول لابن العربي، وكذلك نَقَله الزَّركشيّ في «البحر المحيط». وعند ابنِ ناجي في شرح الرسالة: «ترك الدليل لإجماع الصحابة!». وعند الشَّاطبيّ في «الموفقات» و«الاعتصام»: «تركه للإجماع». والصوابُ ما جاء في كتاب «المحصول» وما نقله عنه الزَّركشي؛ لورود النص كذلك في «المحصول» وهو المصدر الأصليّ، ولأن المثال الذي ضَرَبه ابن العربي على ذلك مما وَقَع فيه الخلاف فلا محلَّ حينها للإجماع؛ لذلك استشكل الشاطبي التمثيل بذلك المثال فقال: «وهذا الإجماع مما يُنظَر فيه، فإنَّ المسألة ذات قولين في المذهب وغيره، ولكنَّ الأشهر في المذهب المالكي ما تقدّم؛ حسبما نصّ عليه القاضي عبد الوهاب». الاعتصام ٣/ ٧٠.

(٣) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣١. وعنه باختصار: الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٨، الاعتصام ٣/ ٦٥، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ١٩٣، الزركشي، البحر المحيط ٨/٩٨ [نسبه الزركشي لبعض مُحقِّقي المالكية، ولم يَنصَّ على ابن العربي]. قال ابن ناجي: «وسمعت شيخنا أبا مهدي عيسى رحمه الله تعالى ينقل عن أبي بكر بن العربي أنه قال في كتابه المسمى بالمحصول في أصول الفقه. . .» شرح الرسالة ٢/ ١٩٣. (وفي فتاوى البرزلي نَصَّ على أنَّ تعريف ابنِ العربيّ هذا للاستحسان قاله في كتابه «نُكَت المحصول». البرزلي ١/ ١٠٩). وأقولُ في هذا المقام: يَنبَغي أنْ يُتثبَّتَ من الكتاب المطبوع باسم «المحصول»، هل هو =

التَّقسيم الثاني: تقسيم الشّيخ محمَّد الطَّاهر بن عاشور:

قال ابنُ عاشور: «والذي استخلصتُه من مَواضِعَ من كتب فِقْهِنا المالكيِّ أنَّ الاستحسان قد أطلقه فقهاؤنا على معنى ترجيح أحدِ الدَّليلين على الآخر بمُرجِّح مُعتبر، ليس في الشَّرع ما يُخالفُه، وقد استقرأتُ لهم من هذا معاني خمسة؛ وهي:

(الأخذ بالعرف) أو (الاحتياط) أو (ما استقرَّ عليه عَمَلُ أهل العلم كالصّحابة والتّابعين)، أو (ترجيحُ أحد الأثرين على الآخر)، أو (عدولٌ عن قياس وإن كان جليا إلى آخَرَ وإنْ كان أخفى منه؛ لأنَّ المعدول إليه أوْلى بالاعتبار لمعضِّدات)»[1].

والنَّظرُ الأوّليّ يُبرزُ لنا أنَّ القسم الوَحيد الذي يلتقي فيه التَّقسيمان هو الأخذُ بالعرف مُقابل الدَّليل؛ وعليه فإنَّ البحث سيتناول هذه الأقسام بالدِّراسة مع ذكر الأمثلة والاعتراضاتِ عليها، والكشف عن التَّداخل الذي ربّما يَعترِي بعضَ هذه الأقسام

= كتاب «المحصول»، أم هو مختصَره المعروف بـ«نُكَت المحصول»؟! فإنْ كان هذا المطبوعُ هو «المحصول»، فلا أدري ماذا تبقَّى لابن العربي أنْ يُلخِّصَه في نُكَته! قال ابنُ العربي في «قانون التأويل» (ص/٣٤٧) في ترتيب طَلَب العلم: «... وتطَّلِعَ على شيء من أصول الفقه كـ«المحصول»، أو «نكته» إن استطاله»؛ وأيّ استطالة في كتاب «المحصول» المطبوع! ثُمَّ رأيتُ في مُقدِّمة تحقيق كتاب «المسالك»، لمحقِّقه محمد السليماني، وُقوفَه على نُسخةٍ خطية من الكتاب في مكتبة الأسكوريال، باسم: «نُكَت المحصول»، فقَوِيَ عندي الرَّيْبُ في ذلك! وللكتاب نسخة أخرى في مكتبة عبد العزيز العامة (رقم ٤٤٨)، بعنوان «نكت المحصول». على أنَّ الأمر يَحْتاج لمزيدٍ من التثبُّت!

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٩.

مع بعضِها:

أوَّلا: ترك الدليل للعرف:

مثَّل ابنُ العربيِّ والشاطبيُّ لترك الدليل للعرف بردِّ الأيمان للعُرف؛ «مع أنَّ اللّغة تقتضي في ألفاظها غيرَ ما يَقتَضيه العُرفُ. كقوله: «والله لا دَخلتُ مع فلان بيتًا»، فلا يحنث بدُخوله معه المسجد وما أشبه ذلك. ووَجْهُه: أنَّ اللفظ يَقتَضي الحنثَ بدخول كلِّ موضع يُسمَّى بيتا في اللُّغة، والمسجدُ يُسمَّى بيتًا، فيحنث على ذلك. إلَّا أنَّ عُرف النَّاس أنْ لا يُطلِقوا هذا اللَّفظ عليه، فخرَج بالعُرف عن مُقتَضى اللَّفظ، فلا يحنث»[1].

فمُقتَضى ما ذَكَره ابنُ العربيِّ والشَّاطبيِّ أنَّ العُرف اللَّفظيَّ ممَّا يُخصِّصُ عمومَ ألفاظ المكلَّفين؛ فيُقدَّم العُرْفُ القوليُّ على الاقتضاء الأصليّ للَّفظ في اللُّغة؛ وهذا التَّقديم هو من وُجوه الاستحسان. وعلى هذا يُحمَل كلامُ أشهبَ في مسألة الوصية حيثُ خَصَّص اللَّفظ بعُرف الاستعمال؛ ومرجِعُ المسألة هذه هو القولُ بالعُرف البياني واعتباره.

أمَّا ابنُ عاشور فإنَّه لَمَّا أتى إلى التَّمثيل لهذا القسم فإنَّه مثَّل بمِثالٍ من غير نوع العُرْف الذي مَثَّل به ابنُ العربيِّ والشّاطبيِّ؛ قال ابنُ عاشور: «**(الأخذ بالعرف)**: استحسان **الشُّفعْة في الثِّمار** مع

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٨. ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣١، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ١٩٣، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٢.

ضَعْف ضَرَر الشَّركة فيها؛ رَغْيًا لعُرْف النَّاس في اجتِنائها بُطونًا وعَدم رَغْبتهم في شِراء ما يَتجمَّع منها كلَّ يوم»[١].

وقال ابنُ العربيّ: «اتّفق عُلماء الأمصار على أنَّ الشّفعة إنَّما تكون في العقار دون المنقول... وانفرد مالك عن جمهور العلماء بفرعين:

أحدهما: أنه **قال الشفعةُ في الثمار**، وهي من المنقولات. وقال سائر العلماء **كلُّ منقول لا شفعة فيه كالعروض، وهذا قياسٌ جليٌّ**.

وعوَّل مالِكٌ على رُكنين:... الرُّكْن الثَّاني: وهو أنَّ النبيَّ ﷺ **أرْخَصَ في بيع العَرايَا**[٢] **واستثناها من الرِّبا لضَرَر المداخلة**، وكذلك ضَرَر المداخلة في الثمرة مثله عند القضاء بالشّفعة»[٣].

قد بيَّن ابنُ العربي أنَّ العلماء اختَلَفوا في عِلَّة الشُّفْعة، بعد

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

(٢) رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العرية، رقم: ١٨١٤، من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها...، ومن طريق مالك رواه: البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الثمرة على رؤوس النخل بالذهب والفضة، رقم: ٢٠٩٠، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، رقم ١٥٤١. ورواه مالك في الباب نفسه، من حديث زيد بن ثابت أنَّ رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها. ومن طريق مالك رواه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع المزابنة، رقم ٢١٨٨، ومسلم في الباب نفسه، رقم: ١٥٣٩.

(٣) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٥٥-٨٥٦. وانظر مسألة الشفعة في الثمار عند: الباجي، المنتقى ٦/ ٢٠١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٦/ ١٦٨، الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٤٨٠.

اتِّفاقهم على أنَّ أصلها موضوعٌ لدَفْع الضَّرر، فمنهم من قال العلة ضَرَر الخلطاء. ومنهم مَنْ قال: إنها لضَرَر الشَّركة، وذلك فيما يلزم من مَؤونة القسمة[1].

ولم تجب الشفعةُ في العُروضُ لانعِدام عِلَّة ضَرَر الشَّركة فيها. أمَّا الثِّمار، فعلى مُشابهتها العُروضَ في أنها مَنقولةٌ، فإنَّ عِلَّة الشُّفْعة غير مُتحقِّقةٍ فيها، إذْ لا ضَرَر في الشَّرِكة التي يُخْشى منها القِسْمةُ. ومع ذلك فهنالك ضَرَرٌ آخر معتبرٌ خَلَف ضَرَر الشركة، وهو ضرر كثرة التردُّد على الشَّريك لطَلَب القِسمة، فقام ذلك مَقامَ الضَّرر الناتج عن الشَّركة التي يَلْزم منها مَؤُونة القسمة. وهذا الضَّرَرُ مُعتبرٌ في الشرع، فهو شَبيهٌ بضَرَر المداخلة في استِثْناء العَرايا من المزابنة المنهي عنها.

والعُرفُ الذي يُستند إليه في تجويز الشُّفعة في الثِّمار هو من قَبيل العُرْف التَّشريعيِّ؛ ومُستندُ هذا العرف في الحقيقة هي المصلحةُ المنظور إليها مِنْ نفي الضرر، لا مجرَّد العرف؛ إذْ جَرَيانُ عُرْف النَّاس في الغالب يكون على وَفق مصلحتهم التي يتواطؤون عليها، والخروجُ عن ذلك إلى خِلافه يُوقع النَّاس في الحَرج ويُقحِم عليهم المشقَّة؛ لذلك كان العُرْفُ ممَّا يُعتمَدُ عليه في الاستثناء من الدَّليل العامِّ الذي يُفيد بأنْ لا شُفعة في الثّمار؛ لأنَّها من المنقولات التي لا ضَررَ في الشَّركة فيها.

وعلى هذا، فحقيقةُ الاستثناء من الدَّليل العامِّ بالعُرْف التّشريعيّ

---

(١) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٥٥-٨٥٦.

هي المصلحةُ التي تَشهد لها بالاعتبار أصولٌ شَرعيّةٌ؛ ومرجع هذه الأصول إلى الأدلَّة المعتبرة. فالعُرْفُ ما هو إلا كاشِفٌ عن عُموم الحاجة إلى تلك المصلحة ومَدَى قُوَّتها.

فالاستدلالُ المرسَلُ الذي يُعتمد عليه في الاستثناء من الدّليل العامِّ ممّا يَشمَل العرفَ التَّشريعيّ؛ لكون مرجع الاعتبار فيه إلى المصلحة المرسلة. فإفْرادُ هذا القسم مما يُنظَر فيه؛ لدُخوله في جملة الاستحسان الذي سَندُه الاستدلال المرسل؛ إلَّا إذا كان إيراده على سبيل الإيضاح لطُرق الكَشْف عن المصلحة الحاجيَّة والوُقوف عليها، فيكون هذا القسمُ مَذْكورًا بالتّبع للبيان.

والعرفُ التشريعيُّ هو الوارِدُ في كلام الحنفية كذلك.

أمّا العرفُ التّفسيريُّ الذي يُخصِّص اللَّفظ العام، فلا أرى له وجها في حَشره في أقسام الاستحسان الاصطلاحيِّ؛ فإنَّ الاستحسان الذي عرَّفه كلٌّ من ابن العربيّ والشَّاطبيّ لا يَنطبِقُ على هذا النّوع من العرف؛ لأنّهما جَعَلا من حقيقة الاستحسان أنْ يُترك الدَّليلُ في بعض مُقتضياته لدليل أرجحَ منه؛ في حين نجد في هذا القسم ما ينقُض حقيقةَ الاستحسان؛ فالعرفُ اللَّفظيُّ الذي يكون أوسعَ مدلولا من اللَّفظ في أصل الوضع العربيِّ يُؤخذ به ويُقدَّم على أصل الوضع، وهذا ليس فيه تَخصيصٌ ولا استثناء؛ بل إنَّ فيه أخذًا بما هو أعمُّ من الاقتضاء الأصليِّ للّفظ في أصل الوضع العربيّ؛ وهذا ما يُخالف تعريف الاستحسان عند المالكيّة.

كما أنَّ العرف اللّفظيَّ الذي يُخالف المعنى الوضعيَّ للَّفظ في

أصل اللّغة مُخالفةً مُطلقةً، مُقدَّمٌ في الاعتبار على مدلول اللَّفظ في أصل وَضعه؛ لأنَّ العبرة بما قَصدَ إليه المتكلِّم؛ ومن أهمّ مسالك تحديد قَصدِ المتكلّمِ العُرفُ؛ إذ الغالب على المتكلّم تَكلُّمُه على وَفق العُرف المعهود، وعليه تُحمل ألفاظُه إلّا أن يُصرِّح بخلافه؛ وهذا ما يَتدافع مع حقيقة الاستحسان لأنَّ فيه تركًا للاقتضاء الأصليِّ بالكليَّة، وليس فيه تخصيصٌ ولا استثناء.

وابنُ العربي بعد أنْ بيَّن أقسامَ الاستحسان ومَعانِيَه في مذهب المالكيِّين، ذيَّله بتعريف حقيقة الاستحسان، بقوله: «قول مالك وأصحابِه: «وأستحسنُ كذا»، إنما معناه: أُوثِرُ تَرْكَ ما يَقتَضيه الدليلُ على طريق الاستثناء **والترخُّص**، بمُعارضة ما يُعارِضُه في بعض مُقتَضياتِه»[1].

وليس في المثال الذي اجتلبه ابنُ العربيِّ، وتبعه فيه مَنْ تبعه، ما يُحقِّق معنى **الترخُّص المؤسس لمفهوم الاستحسان**، والذي يَتضمَّنُ معنى مَصلحيًّا من تَخْفيفٍ أو رفع ضَرر أو تحصيل صلاح مُعتبَرٍ.

نعم، لو أُخِذَ الاستحسانُ على أنه تَمسُّكٌ بأقوى الدليلين مُطلَقًا، لكان هذا المثالُ مُستقيمًا في جَريانه على ذلك المعنى.

وقد تقدَّم تقديمُ أشهبَ للعُرف القوليِّ على المدلول اللغوي الوضعيِّ، في قول الموصي: «هي على قرابتي»، قال أشهبُ: «لا يَدخل في ذلك قرابتُه الوارثون **استحسانًا وليس بقياسٍ**»، قال

(١) ابن العربي، المحصول ١٣٢.

الباجي: «وما قاله أشهب أنّه استحسانٌ وليس بقياسٍ، إنّما يُريد بالاستحسان: التّخصيصَ بعُرف الاستعمال، والقياسُ عنده حَمْلُ اللّفظ على عُمومه؛ وإنّما ذكرتُ ذلك ليُعرف مقصدُه في الاستحسان والقياس!»[1]. فسمَّى أشهبُ ذلك مِنْ صَنيعه استِحْسانًا.

ثانيا: ترك الدَّليل للمصلحة:

مثالُ تَرْك الدليل للمصلحة في مذهب مالك: مسألةُ تَضمين **الأجير المشترك**[2]، ومسألة **تضمين صاحب الحمام الثياب**، وتضمين **صاحب السفينة**، وتضمين **السماسرة المشتركين**، وكذلك **حمال الطعام**[3].

فالأُجراء مُؤتمنون بالدّليل الشّرعيّ لا بالبراءة الأصليّة، وعارَضَ هذا الدَّليلَ المصلحةُ العامَّة المنظورُ إليها؛ إذْ لو لم يُضمَّنوا لكان ذلك تَطْريقًا للأجير المشترك أو لصاحب الحمَّام أو السفينة أو حامِل الطّعام أو السِّمسار المشترك-: على التَّعدّي على أموال النّاس، وعدم التّحرّز فيها؛ فاستثنيت هذه المسائل من الدّليل الشّرعيّ العامِّ المقتضي عَدَمَ التّضمين لأنَّهم مُؤتمنون؛ رعيًا للمصلحة المرسلة العامَّة التي تَستوجِبُ حِياطةَ أموال النَّاس،

(١) الباجي، المنتقى ٦/ ١٧٦-١٧٧.

(٢) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣١، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ١٩٣، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٨، الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٢.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٨-٦٩.

والنظر لهم، وتقديم مصلحتهم على المصلحة الخاصة للأجراء ومَنْ إليهم.

ويَدْخل في مفهوم المصلحة كما تقدَّم في كلام الأئمَّة: **نفيُ الضَّرَر، ورَفْعُ الفَساد، ورَفْعُ المشقَّة والحرج، والتخفيف [وهو رفع الحرج والمشقة]، والعُذْرُ [وهو الحالة التي يكون فيها مَنْ وَقَع عليه الحرج والمشقة]، والترخُّص [وهو رفع الحرج والمشقة]، والعُرْف المصلحيّ [المحتقِب لبعض المعاني المصلحية من نفي للضرر أو تحصيل للصلاح].**

ثالثا: ترك الدَّليل لإجماع أهل المدينة:

والمثالُ الممثَّلُ به لترك الدليل لإجماع أهل المدينة: مَنْ قَطَع ذَنَبَ بَغْلة القاضي، فالواجِبُ عليه غرم عُموم قيمة البغلة، على أنه قطع الذنب فقط! فيغرم قيمة الدَّابة لا قيمةَ النَّقص الحاصل فيها.

ووَجْهُ ذلك: أنَّ بَغْلةَ القاضي لا يُحتاج إليها إلّا للرُّكوب، وقد امتَنَع رُكوبه لها بسبب فُحْش ذلك العَيْب في منزلته، حتى صارَت بالنّسبة إلى رُكوبه أو ركوب مثله كالعدم[(١)].

ومعلومٌ من مَذْهب مالِكٍ أنَّ عمل أهل المدينة عنده مُقدَّمٌ على

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧٠. وانظر عند: ابن العربي، المحصول في أصول الفقه، ١٣١، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ١٩٣، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٨. وهذا التمثيلُ يُورَد في إتلاف الجُزْء الذي يُذهِب أصلَ الانتفاع. وهو تمثيلٌ لا يَروق؛ قال القاضي عبدُ الوهّاب في كتاب «الإشراف»: «وتَفرِضُها سُفهاؤُهم ومُجّانُهم في ذنب حمار القاضي، وذنب حمار الشّرطيّ؛ قصدًا للهزل والتّهاتر بالدِّين!» الإشراف ٢/ ٦٢٨. [استفدتُ تعقيب القاضي أبي محمّد من تعليق مُحقِّق «الاعتِصام»].

الدَّليل الظَّنيِّ: من خبر الآحاد أو القياس، سواء كان الدَّليلُ المعارضُ لعَمَل أهل المدينة دليلا عامًّا يَشمل بعُمومه ما جَرى عليه أهلُ المدينة، أو كان الدّليل خاصًّا. وعليه، فدُخولُ الخاصِّ في مُقابل الدَّليل الذي يكون به الاستحسانُ -وهو هنا عمل أهل المدينة- يُخرجُ المسألةَ عن أنْ تكون من الاستحسان الاصطلاحي؛ المتضمِّنِ لإيثار تَرْك الدَّليل في بعض مُقتَضياته، لا أنْ يُتركَ الدَّليل بتَّةً. ومُعارضةُ الدّليل الخاصّ لعمل أهل المدينة فيه طَرحٌ للدَّليل الخاصِّ ضربةَ لازب؛ وليس فيه استثناءٌ ولا تخصيص.

ونعم، ربما جَرَى عملُ أهل المدينة بشيء يكون دليلٌ يُعارضه على جهة الجزئية، كاللَّفظ العامِّ أو القياس، فيُقدَّم العملُ على الدَّليل الظّنيِّ، ويُعدُّ ذلك من قَبيل التَّخصيص أو الاستثناء.

وممَّا يُلحظ في هذا المقام: أنَّ بعضَ ما كان من العَمَل المدني آخِذًا هذا السبيلَ، فالمصلحةُ المرسلة تَشْهَدُ له بالاعتِبار. ومن أمثلة ذلك: المسألةُ المعروفةُ ببَيعة أهلِ المدينة[1]، وحاصِلُها: **أنَّ أهل المدينة أجازوا أنْ يَشتري الرَّجُلُ لبنًا أو رُطَبًا أو لَحْمًا أو خُبْزًا ممَّن يُديم العَمَل في ذلك بسِعْرٍ مَعلوم، ويأخذ كلَّ يوم قَدْرًا مُحدَّدًا، على أنْ يكون الثَّمنُ مُؤجَّلا إلى أَجَلٍ معلوم أو في حُكم المعلوم. وهذا التجويز يلج من بابة الاستثناء من أصل منع الدَّيْن بالدَّيْن لحاجة النَّاس ومصلحتهم.**

(١) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٥٣٨، عليش، منح الجليل ٥/ ٣٨٤.

قال ابنُ القاسم : «قال مالكٌ: وقد كان الناسُ يَبْتاعون اللَّحمَ بسِعْرٍ معلوم، فيأخذ كلّ يوم وزنا معلوما، والثّمنُ إلى العطاء-: **فلم يَرَ النَّاسُ بذلك بأسًا**. واللَّحمُ وكلُّ ما يُباع في الأسواق ممَّا يَتبايع النَّاسُ به، فهو كذلك لا يكون إلَّا بأمرٍ مَعْروفٍ ويبيّن ما يأخذ كلَّ يوم، وإنْ كان الثمنُ إلى أجلٍ معلوم أو إلى العطاءِ إذا كان ذلك العَطاءُ معلوما مأمونا، إذا كان يشرع في أخْذ ما اشترى. **ولم يَرَه مالِكٌ من الدَّيْن بالدَّيْن**»[١].

وفي «العتبية»: «عن مالك عن عبد الرحمن المجمر عن سالم بنِ عبد الله قال: كنَّا نبتاع اللَّحمَ من الجزَّارين بسِعْرٍ مَعْلوم، نأخُذ منه كلَّ يوم رِطْلا أو رِطْلَيْن أو ثلاثة، ويشترط عليهم أنْ يَدْفعوا الثَّمنَ من العطاء. قال: **وأنا أرى ذلك حَسَنًا**. قال مالكٌ: ولا أرى به بأسا إذا كان العطاءُ مأمونا، وكان الثمنُ إلى أجل، فلا أرى به بأسًا!»[٢].

قال ابنُ رُشدٍ: «قوله: «كنَّا...» إلخ، يدُلُّ على أنَّه معلوم عندهم مَشهورٌ؛ ولاشتهار ذلك من فِعلهم سُمِّي **بيعة أهل المدينة**. وهذا أجازه مالِكٌ وأصحابُه **اتِّباعًا لِمَا جَرَى عليه العملُ بالمدينة**... قوله في هذه الرِّواية: «**وأنا أراه حَسَنًا**» معناه: وأنا أُجيزُ ذلك **استِحْسانًا اتِّباعًا لعَمَل أهل المدينة، وإنْ كان القياسُ يُخالِفُه**»[٣].

---

(١) سحنون، المدونة ٣/ ٣١٤-٣١٥.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٥٣٨، عليش، منح الجليل ٥/ ٣٨٤-٣٨٥.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٥٣٨، عليش، منح الجليل ٥/ ٣٨٥.

ووَجْهُ المصلحة في بيعة أهل المدينة بيَّنها القاضي ابنُ العربي بقوله في «القبس»:

«وأمَّا السَّلمُ في اللَّبن والرُّطب والشُّروعُ في أخذه، **فهي مسألةٌ مَدنيةٌ اجتَمَع عليها أهلُ المدينة، وهي مَبنيةٌ على قاعدة المصلحة**؛ لأنَّ المرء يَحتاج إلى أخْذ اللَّبن والرّطب مُياوَمَة، ويَشقُّ أنْ يأخذ كلَّ يوم ابتداء؛ لأنَّ النَّقد قد لا يحضُره، وأنَّ السِّعْر قد يَختلف عليه، وصاحِبُ النّخل واللّبن يَحتاجُ إلى النّقد؛ لأنَّ الذي عنده عروض لا يتصرّف له. **فلمَّا اشتَرَكا في الحاجة رُخِّصَ لهما في هذه المعاملة؛ قِياسًا على العَرايَا وغيرها من أُصول الحاجات والمصالح**»[1].

رابعا: تَرْكُ الدَّليل في اليسير لرَفْع المشقّة وإيثار التّوسعة[2]:

ومن الأقسام التي أورَدَها ابنُ العربيّ في تقسيمه للاستحسان عند المالكيّة: تركُ الدَّليل في بعض مُقتضياته في اليسير من أجْل رفع المشقَّة وإيثارًا للتَّوسعة على الخلق. فمناطُ الاستثناء والعدول لم يَكُن «اليسير» في نفسه، وإنَّما هو رَفْعُ الحرج وإيثارُ التَّوسعة؛ إذْ طَرْدُ الدَّليل المقتضي للمَنْع أو إبطالِ العُقود على ما كان يَسيرًا،

(١) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٣٢.

(٢) قال القاضي عبد الوهاب في مسألة في شرح الرسالة: «إنما أجزناها للضرورة استحسانا في القليل». [القاضي عبد الوهاب البغدادي ومنهجه في شرح الرسالة، ص ٤٤٨]. فانظر كيف جعل سبب الاستحسان في القَليل: ضرورة. وهذا يُشبِهُ اصطلاح الحنفية في الاستِحْسان الناظِر للضَّرورة.

مِمَّا يُوقع النَّاسَ في الحَرَج والمشقَّة[1]؛ وهما مَرْفوعان في الشَّرْع؛ وعليه فإنَّ سبب التَّوسعة ورفع الحرج هو اليسيرُ.

ورفعُ الحرج والتَّوسعة على النَّاس مِمَّا يقوم بهما أصلُ الاستدلال المرسل. فآل أمرُ هذا القسم إلى الاستحسان الذي مَردُّ مُستنده الاستدلالُ المرسلُ. وإيرادُ هذا القسم في أقسام الاستحسان لا بُدَّ أنْ لا يكون على أساس أنَّه قَسيمٌ للاستحسان المعتمِد على الاستِدْلال المرسَل، وإنَّما يَنبَغي أنْ يُورَد على أنَّه نَوعٌ من أنواع هذا الاستحسان.

قال ابنُ رُشْدٍ في شرحه بعض مسائل «المستخرجة»: «. . . وما كان قال مالِكٌ من إجازته في اليسير، **إنما هو استحسانٌ؛ لأنَّه عَدَل عن اتِّباع مُقتَضى القياس وطَرْد العلَّة في القليل والكثير. . .**»[2].

وقال الشَّاطبي مُعدِّدًا أمثلةً عن الاستحسان: «تركُ مُقتضى الدَّليل في اليسير لتفاهته ونَزارته؛ لرفع المشقَّة وإيثار التّوسعة على الخلق»[3].

ومن أمثلة هذا النوع في مذهب مالك:

إجازةُ التّفاضُل اليسير في المراطَلَة الكثيرة[4]، وإجازةُ البيع

---

(١) التي عُهِدَ من الشَّرْع رفعهما؛ ولا نعني مُطلَقَ الحرج والمشقة.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ١٣٧.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧١.

(٤) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧١، ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ١٩٣، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٢.

والصَّرْف إذا كان أحدُهما تبعًا للآخر[١].

وأجاز المالكيّة بَدَلَ الدِّرْهَم الناقص بالوازن لنَزارة ما بينهما[٢].

والأصلُ المنعُ في الجميع؛ لأنَّ ذلك مَشمولٌ بعموم النَّهي عن رِبا الفَضْل الثَّابت في حديث أنَّ النبي ﷺ نَهى بيع الفضَّة بالفضّة، والذّهب بالذّهب، مثلا بمثل، سواء بسواء[٣]. فالاقتضاءُ الأصليُّ للدّليل هو المنعُ؛ لكنْ عَرَضَ لهذا الدَّليل في حال تنزيله في المسائل السّابقة منَ الحرج والمشقّة ما أوْجب الاستثناءَ من أصل المنع؛ إذ اعتبارُ مقتضى الدليل الأصليّ في اليسير في يُؤدِّي إلى الحَرَج، على أنَّ الناس تتسامح في هذا القَدْر.

قال الشَّاطِبيُّ مُبيِّنًا وَجْهَ الجواز في المسائل السَّابقة: «ووَجْهُ ذلك: أنَّ التافِه في حُكْم العَدَم، ولذلك لا تَنصَرِفُ إليه الأغْراضُ

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧١، ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ١٩٣، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٣.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧١، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٤.

(٣) مروي في الصحيحين بألفاظ وطرق مختلفة: رواه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب، رقم ٢١٧٥، ومسلم، في كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الوَرق بالذهب دينا، رقم ١٥٩٠، من حديث أبي بكرة. ورواه مسلم في كتاب المساقاة، باب الربا، رقم ١٥٨٤، من حديث أبي سعيد الخدري، وفيه: «... فمن زاد أو استزاد فقد أربى». ورواه مسلم في كتاب المساقاة، باب الصَّرف وبيع الذهب الورق نقدا، رقم ١٥٨٧، من حديث عبادة بن الصامت، وفيه: «... فمن زاد أو ازْدادَ، فقد أرْبَى». ورواه مسلم في الباب نفسه، رقم ١٥٨٨، وفيه: «... فمن زاد أو استزاد فهو ربا».

في الغالب، وأنَّ المشاحَّة في اليسير قد تُؤدِّي إلى الحرج والمشقة؛ وهما مرفوعان عن المكلَّف»[١].

ومن أبرز ما يَجْري على هذا النَّوع من الاستحسان تَجْويزُ الغَرر اليسير في البيوع[٢]، والقاعدةُ أنَّ الغَرَر في المعامَلات ممنوعٌ؛ لكنَّهم استثنوا من هذا الأصل ما كان من الغَرر يسيرا لمصلحة الخلق في رفع الحَرج عنهم والتيسير عليهم؛ وإلا لانحسَرت أبوابُ المعاملات وضاقَتْ وصارَ النّاسُ إلى عَنَتٍ وضِيق؛ وكلُّ ذلك ممّا جاءت الشّريعة برفعه.

قال الشاطبيُّ: «نفيُ جميع الغَرَر في العُقود لايُقدَر عليه، وهو يُضيِّق أبوابَ المعاملات، ويحسيم أبواب المعاوضات. ونفيُ الغرر إنَّما يُطلَب تَكْميلا ورَفْعًا لما عسى أنْ يقع من نِزاع؛ فهو من الأمور المكمِّلة؛ والتَّكميلاتُ إذا أفْضى اعتبارُها إلى إبطال المكمَّلات سَقَطت جُملةً؛ تحصيلا للمُهمِّ، حسبما تبيّن في الأصول. فوَجَب أنْ يُسامح في بعض أنواع الغَرَر التي لا ينفكّ عنها؛ إذْ يشقّ طلب الانفِكاك عنها، فسومِح المكلَّف بيسير الغَرَر؛ لضِيق الاحتِراز مع تَفاهة ما يَحصُل من الغَرَض...»[٣].

وفُروعُ مالِكٍ وأصحابِه حافِلةٌ بالتفريعات على هذا الأصل،

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧١. وانظر: الجواهر الثمينة، للمشّاط ٢٢٣.

(٢) المواق، التاج والإكليل ٦/ ٢٣٠، الخرشي، شرح مختصر خليل ٥/ ٧٥، الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٦٠.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٧٣-٧٤.

فكثيرًا ما نجد الإمام يخفّف في بعض المسائل التي يَسُرَ فيها الغررُ ويستثنيها من أصل المنع[١]؛ لما في عَدَم التّجويز من العنت والحرج؛ قال الشّاطبي بعد ذلك: «قال العلماءُ: **ولقد بالغ مالك في هذا الباب وأمعن فيه**»[٢].

قال ابنُ أبي زيدٍ القيروانيُّ في كتاب «الذَّبِّ»: «والغَرَرُ اليسيرُ في الأصول معفوٌّ عنه»[٣]، وقال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وقد جُوِّزَ في البيوع يسيرُ الغرر»[٤].

وقال ابنُ العربيّ: «. . . لا يتّفق ضمان العواقب على القطع في مسائل الفقه، ولا بُدَّ من احتمال الغرَر اليسير؛ وذلك كثيرٌ في مسائل الفروع»[٥].

وقال المقّريّ في «القواعد»: «والأصلُ أنَّ ما لا تخلو البِياعاتُ في الغالب عنه أو لا يتوصّل إليه إلا بإفساد أو مشقّة-: مُغتَفرٌ؛ وما سِوى ذلك ممنوعٌ»[٦].

ومن أمثلة العَفْو في الغَرَر اليسير في مذهب مالك: جَوازُ أن يُستأجر الأجيرُ بطَعامه، وإنْ كان لا يَنْضَبِطُ مقدارُ أكله؛ فالأصلُ المنع لأنَّ الإجارة على أجْرةٍ مجهولة ممّا لا يجوز، طَرْدًا لقاعدة

---

(١) ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٣٧٩.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٧٥.

(٣) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٢٨/أ.

(٤) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٢٨/أ.

(٥) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٢٤-٨٢٥.

(٦) القواعد، المقري رقم ٩٢٤.

الإجارة. لكنِ استُثنيت هذه المسألةُ من أصل المنع «اليَسارة أمره، وخِفَّة خَطْبه، وعَدَم المشاحَّة» بين النّاس في ذلك[١].

وأجاز مالِكٌ تطرُّقَ يَسير الغَرَر إلى الأجَل، فقال: يجوز للإنسان أنْ يَشتَري سِلْعةً إلى الحصاد أو الجذاذ. والأصلُ المنع، لما في ذلك من جهالة الأجل؛ إذِ اليومُ بعينه لا ينضبط، لكنْ أجاز مالكٌ ذلك لأنَّ العُرفَ يَقْضي بأنَّ النَّاس يَتَسامَحون في الأجل المتقارب، كما هو الشَّأنُ في التَّأجيل بوَقت الحصاد والجذاذ، ولهم إلى التأجيل إلى تلك الآجال حاجةٌ[٢].

والمناط الحقيقيُّ في المنع قد يَرْتفع، إذ المنع من الجهالة في البيوع، كانت الحكمة منه هو **قطع التنازع**، وحيثُ رأيتَ التنازُعَ مُنعدِمًا بثُبوت التسامُح بين الناس فيه، مع وُجود الجهالة، فإبقاءُ المنع لا معنى له، خاصَّةً إن تَعلَّقت حاجةُ الناس بالتجويز، كضرب الأجل بوقت الحصاد مثلا.

وقولنا في تسامُح الناس وعَدَم التشاحّ، يُنظَر فيه إلى الغالب من أحوال الناس، ولا يُلتفَت إلى النَّادر الذي لا تُبْنَى الأحكامُ عليه، فأنتَ لنْ تعدم في الناس من يتشاحُّ في النزر اليسير! أما إن لم يكن التسامح عامًّا غالبا، بحيث ينضبط في عُمومه، فالحكم يرجع إلى أصله. على أنَّ هنالك مجالا للاجتهاد في تحقيق مناط «اليسير» في أعيان الجزئيات.

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧٥، سحنون، المدونة ٣/ ٤٧٨.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧٥، سحنون، المدونة ٣/ ١٩٦.

ومن الدليل على النظر في التحقق من وجود التسامح بين الناس أو ارتفاعه: أنَّ مالِكًا -كما يُقرِّره الشاطبي- يُفرِّق بين تَطرُّق يسير الغَرَر في الثمن وبين تَطرُّقه في الآجال، لأنَّ «المضايقة في تَعْيين الأثمان وتقديريها ليست في العُرف كالمضايقة في الأجل؛ إذْ قد يُسامح البائعُ في التقاضي الأيَّامَ، ولا يُسامِح في مِقْدار الثمن على حال»[1].

وأجاز مالِكٌ التَّفاضُلَ في المبادلة اليسيرة. والأصلُ المنع؛ لأنّ الفضلَ ممنوعٌ في الصَّرْف لعُموم النّهي فيه. لكن استُثني اليسيرُ لعَدَم تعلُّق الأغراض باليسير، ومُسامحة النّاس به، وهذا ما يَشْهد له قاعدةُ المعروف؛ قال ابن العربي: «. . .فإذا أثبت هذا، فبيعت الدنانير مُراطلةً اعتُبر الوزنُ ولم يُعتبَر العدد، وإنْ بيعت مُعادَّةً اعتُبر العَدَدُ والوَزْنُ معا، ولم يجز في ذلك تفاضُلٌ؛ إلَّا أنَّ مالِكًا جوَّزه في اليسير، كثلاثة دنانير يُبادل فيها الرَّجُل صاحِبَه كامِلا بناقِصٍ، فإنَّ مالِكًا سامَحَ فيها؛ بخِلاف سائر الفقهاء **مُستمدًّا من قاعدة المعروف**»[2].

ومثال اليسير: ما في «العتبية»: وقال مالكٌ فيما يَفضُل عند المقارض إذا قدم من سَفَره، مثل الجبَّة وأشباه ذلك-: «ما عَلِمتُ أنه يُؤخذ منه مثل هذا». وفي نوازل سحنون: «أنَّ رب المال إذا أخذ مالَه من العامِل، لا يؤخذ منه الثيابُ التي كان اشتراها لسفره

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧٥.

(٢) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٢٥.

من مال القراض، إلا أنْ يكون لها قَدْرٌ وبال»[١].

قال ابنُ رشد معلقا على ذلك: «وهو استِحسانٌ على غير حقيقة القياس؛ **لِيَسارة ذلك مع العُرْف الجاري فيه**. على أصله في... المدونة في الرجل يَكْسُو امرأتَه كسوة السنة بفريضة من السلطان أو بغير فريضة، ثم يموت أحدهما قبل انقضاء السنة-: أنه استحسن ألا يتبع بشيء من ذلك لما بقي من السنة، بخِلاف النفقة»[٢].

وعليه؛ فإنَّ إجراء الأدلَّة والقواعد الكليَّة على الجزئيات من غير لحظ للقرائن والعوارِض المحتفَّة بها ومآل التَّطبيق-: ممَّا يوقِعُ في خلاف ما قَصَد الشَّرْعُ له، ومن هنا جاء أصل الاستحسان ليَتلافى ما قد يَعتَري تطبيقَ الأدلَّة التّجريديّة من عامٍّ أو قياس أو قاعدة من مُجانفة للعَدْل والمصلحة؛ ولله درُّ أصبغَ حيث يقول: «إنَّ المغرق في القياس يَكاد يفارق السنة»[٣]، ويَقصِد بمفارقة السّنّة: مُفارقةَ طَريقة الشَّرْع في التّشريع ومِنهاجَه فيه؛ إذ الأدلَّةُ لم يكُن لينْتُجَ عنها خلافُ ما قَصَدت إليه.

وختم الشَّاطبيّ هذا النَّوع من الاستحسان بقوله: «فتأمَّلوا كيف وجه الاستثناء من الأصول الثّابتة للحرج والمشقّة؟ وأين هذا مِنْ زَعْم الزَّاعم أنّه استحسانُ العقل بحسب العوائد فقط؟-: يتبيّن لك بَوْنُ ما بين المنزلتين!»[٤].

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ١٢/ ٣٣٦.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ١٢/ ٣٣٦-٣٣٧.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢١٠، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٢.

(٤) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١٤٤-١٤٥.

خامسا: ترك الدليل للاحتياط:

قال ابنُ عاشور مُمثِّلاً لهذا القسم: «جعل الشّاهد الواحد مع القسامة مُوجِبًا للقِصاص، مع أنّه عُدولٌ عن بابه؛ لأنّ القصاص ليس من الأموال؛ لكنّ ذلك لدليل وهو الاحتياطُ في حفظ الدّماء»[١].

ومُرادُ ابنِ عاشور من هذا المثال أنّ مالِكًا رأى ثُبوتَ القِصاص بشهادة الشَّاهد الواحد مع أيمان القَسامة[٢]؛ ومُدرك هذه المسألة هو النَّظر إلى الحِفاظ على قصد الشّارع في حياطة النفوس وحِفْظها؛ وهذا مُراده من الاحتياط؛ ومعلومٌ أنَّ مرجِع ذلك إلى معنى الاستدلال المرسل.

سادِسًا: ما استَقَرَّ عليه عَمَلُ أهل العلم كالصحابة والتابعين:

قال ابنُ عاشُور في التَّمثيل لِمَا استقرّ عليه عمل أهل العلم كالصّحابة والتّابعين-: «قول مالك رحمه الله: **أستحسن في** جنين الحرَّة غُرَّة[٣] تُقوَّمُ بخمسين دينارا أوستمائة درهم، وتكون من البيض لا من السُّود»[٤].

ولقد بحثتُ عن هذا النّصِّ الذي نسبه ابن عاشور لمالك، فلم أوفّق للوُقوف عليه. لكن الذي يَظهَر لي أنَّ هذا النَّصّ ممّا أخذه ابنُ عاشور من كتاب «كشف النِّقاب الحاجب من مصطلح ابن

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

(٢) المواق، التج والإكليل ٨/ ٣٥٧-٣٥٨.

(٣) والغرَّةُ هي: عبدٌ أو وليدةٌ. الباجي، المنتقى، ٧/ ٨٠، الدردير، الشرح الكبير ٤/ ٢٦٨.

(٤) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

الحاجب»؛ حيثُ قال ابنُ فرحون في تفسيره لمصطلح «الأحسن» عند ابن الحاجب: «فالأحسن: ذَكَرها -أي ابن الحاجب- في غرَّة الجنين، في قوله: «والغرّة عبد أو أمَةٍ من الحمر على الأحسن» أي: من البيض على الأحسن، والأوْلى في النّظر، وليس مُراده على القول الأحسن، بل على ما استحسنه مالك رحمه الله. قاله ابنُ عبد السلام»[١].

ومُتعلَّقُ الاستحسان هو في كَوْنُ الغُرَّة من العبد أو الأَمَة من البِيض؛ ومعنى الاستحسان هو الاستحبابُ لا على ما فَسَّره ابنُ عاشور؛ قال الدَّردير: «ويُستحبُّ فيها أنْ تكون من البِيض، إلّا أنْ يَقِلُّوا فمن وسط السُّودان»[٢].

وممّا يَدلُّ على ذلك، أنَّ ابن فرحون قال عَقِبَ النَّصِّ السَّابق مُباشرة: «ومن ذلك قوله -أي ابن الحاجب- في الصّلاة: «وتقديم يديه قبل ركبتيه أحسنُ»، وقوله في التّماثيل: «بخلاف الثّياب والبسط التي تمتهن، وتركه أحسن»، وقوله: «فإن أذنوا فحسن»... وكلّها بمعنى واحد»[٣]. ثمّ قال بإثرها مُبيِّنًا معنى اصطلاح «الأوْلى»: «وكذلك «الأَوْلى» هي بمعنى الأحسن،... كقوله في الصلاة: «الأوْلى وَضْع يديه على ما يضع عليه جبهته»...»[٤].

---

(١) ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب ص/ ١٢٢.
(٢) الدردير، الشرح الصغير ٢/ ٣١١-٣١٢.
(٣) ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب ص/ ١٢٢.
(٤) ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب ص/ ١٢٢-١٢٣.

وكلُّ هذا نصٌّ يَدلُّ على أنَّ مُراده من «الأحسن» معنى الاستحباب؛ إذْ كلُّ المسائل التي اجتَلَبها من الأمور المستحبة في المذهب.

فيكون هذا النَّوعُ من الأنواع التي لا صِلةَ لها بمفهوم الاستحسان الاصطلاحيّ؛ وإنَّما هو إطلاقٌ للَفْظ الاستِحْسان على معناه اللّغويِّ.

سابعا: ترجيحُ أحد الأثرين على الآخر:

قال ابنُ عاشورٍ في التَّمثيل لترجيح أحَد الأثرين على الآخر-: «قولُ ابن الحاجب: «وتقديم يَدَيه في الهُوِيِّ للسُّجود أحسن»، ومن هذا قول مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في مواضعَ من الموطّأ: «وهذا أحسن ما سَمعتُ»»[1].

ويُعتَرَضُ على ابن عاشور أنَّ ابن الحاجب إنما أراد بالأحسن في مسألة الهويِّ إلى السجود معنى الاستحباب[2]؛ وليس مِنْ مُراده المعنى الذي ذَكَرَه الشَّيخ، كما سبق بيانُه قَبْلَ هذا.

أمَّا قولُ مالك في «الموطأ»: «هذا أحسن ما سمعت»، فليس خاصا بترجيح أحد الأثرين على الآخر؛ وإنما المراد منه ترجيح قول على آخر بغض النظر عن كيفية الترجيح أو الدليل المعتمد

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

(٢) ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب ص/ ١٢٢. وانظر مسألة استحباب تقديم اليدين في الهوي للسجود: المواق، التاج والإكليل ٢/ ٢٤٧-٢٤٨، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٥٤١، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ٢٨٧.

فيه؛ لأنَّ عبارة مالِكٍ لا تُعْطِي إلا هذا؛ وقد فَسَّر ابنُ عاشور نفسُه عبارة مالك في كتاب «كشف المغطَّى» بأنَّ معنى ذلك ترجيح الأخْذ بأقْوَى الدَّليلين[1].

ثامِنًا: تركُ القياس لقياس أقْوَى منه:

مَثَّلَ ابنُ عاشور للاستحسان الذي يكون فيه العُدول عن قياس وإنْ كان جليًّا إلى آخر وإنْ كان أخفى منه، لأنّ المعدول إليه أوْلى بالاعتبار لمعضِّدات-: باختِلاف المتراهِنين، وقد اختلف أشهبُ وأصبغُ، فقال أشهبُ القولُ قولُ المرتهن مُطلَقا؛ قياسا منه للمرتهن على المستعير والمودَع عنده؛ لأنّه أمينٌ مثلهما[2].

وقال أصبغُ: القولُ قولُ الأشْبَه منهما مع يَمينه؛ قِياسًا للمُتراهنين على المتبايعين في أنَّ القولَ قولُ الأشبه منهما[3].

وجاء في «العتبية»: قال أصبغُ: «وقد قال لي أشهبُ: إنَّ القول قولُ المرتهن، وإنْ لم يَسْو إلّا دِرْهمًا. وهو باطلٌ ليس شيئًا؛ **وهو إغْراق في العلم**»[4].

قال ابنُ عاشور: «فقياسُ أشهَب، وإنْ كان أجلى، إلَّا أنّ قول أصبغَ أحسنُ؛ لأنّه معضودٌ بضعف الأمارات، وبأنّ الرّاهن سلَّم للمرتهن الرّهن بسبب أنّه مُحتاجٌ إلى تسليم الرّهن إليه، فليس

---

(١) ابن عاشور، كشف المغطّى ١٧-١٨.

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

(٣) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

(٤) ابن رشد، البيان والتحصيل ١١/ ١١٩.

كالمودع؛ ولهذا قال ابنُ رشدٍ في «البيان»: «قولُ أصبغ استحسانٌ، وقول أشهب إغراقٌ في القياس؛ يَعْني طردَ القياس»»[(١)].

قال ابنُ رشد شارحا لذلك: «...على ما قال أشهب إلَّا أنّه إغراق فيه، كما قال أصبغ. والعدولُ عنه في هذا الموضع إلى مراعاة الأشباه أنّه يبعد أنْ يرتهن الرَّجل في مائة دينار أو ألف ما قيمته دينار، أوْلى وأظهر من قول أشهب استحسانًا؛ لأنّ الاستحسان في العلم أغلبُ من القياس. فقد قال مالكٌ: تسعة أعشار العلم الاستحسان، وإذْ أدّى طَرْدُ القياس إلى غلوّ في الحكم ومُبالغة فيه؛ كان العُدولُ عنه إلى الاستحسان أوْلى، ولا تَكادُ تَجِدُ التّغرّقَ في القياس إلَّا مُخالِفًا لمنهاج الشّريعة»[(٢)].

ويَتبَدَّى من هذا المثال أنَّ المالكيَّة قد يُطلِقونَ لفظةَ الاستحسان ويُريدون بها تَرْجيحَ قياسٍ خفيٍّ على قياس ظاهرٍ؛ لمَّا تَعَضَّد هذا القياسُ الخفيُّ بمُعضِّدات رجَّحته؛ وغالبُ ما تكون هذه المعضِّدات مِنْ قَبيل المصلحة، كما تقدَّم في كلام ابن خويز منداد.

قال الشيخ محمّد الخضر حسين: «وهذه العبارة من العلَّامة ابن رشد تُريك كيف يُطلِقون الاستحسانَ ويُريدون منه القياسَ الخفيّ المعارِضَ للقياس الجليّ»[(٣)].

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٣٠.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ١١/ ١٢٠.

(٣) محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٧٢.

وإذا نُظِرَ إلى الاستحسان بأنواعه المتقدّمة وُجِدَ أنَّها دائرةٌ في فَلَك رعاية المصلحة وحائمةٌ حولها؛ لأنَّ أكثر ما يَدفع بالمجتهد إلى قَطع المسألة عن نظائرها وإعطائها حُكما مُستأنفا-: هو رعايةُ المصلحة التي تتخلّف لو أُجريت المسألةُ على ما يَقتضيه حكمُ أمثالها.

فحَقيقةُ الاستحسان هي استثناءٌ من الدّليل العامِّ الذي يُفضي طردُه وتعميمُه في كلِّ المَحالِّ إلى مَشقَّة وحَرَجٍ وضيق، أو إلى تفويت مصلحة راجحة، أو إلى جَلْب مفسدة غالبةٍ؛ فالمقتضي الذي أَوْجَبَ تَنكُّبَ القياس ومُفارقةَ الدليل الأصليِّ هو إيثارُ التّوسعة ورَفْعُ الحرج والمشقَّة والالتفات إلى المصلحة والعدل، وهذا النّظرُ يَرجع إلى رعاية مقاصد الشّرع حال تطبيق الأدلّة التّجريدية وتنزيلها على الوقائع والحوادث؛ برفع المشقّة عن هذه الأمّة والتيسير على المكلَّفين والتّوسعة عليهم.

ولا يَلْزَم في الاستِحسان الذي يُترَكُ له القِياسُ أنْ يُوافِقَ أصْلاً آخَرَ بحيث يُقاس عليه، فتَجِد مَثَلا ابنَ رُشْدٍ يقول: «وهذا استحسان على غير أصل». لكنْ كثيرًا ما تَجِد بعضَ الاستِحسانات تُوافِقُ بعض الأُصول البعيدة، وتلك الأصول كثيرًا ما لا تكون هي أساسَ العُدول عن القِياس الظَّاهر، بل المعنى الاستحسانيُّ هو سببُ العدول. وقد يَتكلَّف بعضُ أهل العلم من القائلين بالاستِحْسان رَدَّ هذا الاستحسان لتلك الأُصول البعيدة، دَفْعًا لأنْ يَكونوا قائلين مِنْ غير بِناءٍ على أصل. وكثيرًا ما تَرَى

المالكية يقولون: «استحسان على غير قياس»، ثم لا يُقابِلون تَرْكَ ذلك القِياس بقياسٍ آخَرَ، وإنَّما الشَّأْنُ في ذلك هو إبْداءُ المعنى الذي له خُصَّ الفرعُ من طَرْد القياس. وبعضُ الاستحسانات ضَعيفةٌ لضَعْف المعنى الذي له تُرِكَ القِياسُ إذْ هو معنى غيرُ مُعتبَر، فليس كلُّ استحسان قابَلَ قياسًا قُبِلَ.

* * *

المطلبُ الثّالث

الاستحسان: شروطه، ومجالُ العمل به في المذهب المالكي

الفَرع الأول

شُروطُ العمل بالاستحسان في المذهب المالكي

الدَّليلُ الذي يَستحسِنُ المالكيَّة العدولَ به عن مُقتضى الأدلَّة الأصليَّة، هو الاستدلالُ المرسل. وعليه، فإنَّ الشُّروطَ المُعتبرة في الاستدلال المرسل التي سَبَقَ بحثُها في فصل المصالح المرسلة هي مُشترطةٌ في الاستدلال المرسل الذي يَستند إليه المستحسِنُ في استثناء المسألة المستحسنة من الاقتضاء الأصليِّ للدَّليل؛ إلَّا أنَّ هناك فارِقًا في بعض الشُّروط سأبيِّنُها في هذا الموضع؛ أمَّا الشّروط المشتركة فقد أغنى ذكرها في بحث المصالح المرسلة عن إعادتها:

أوَّلا: رُتبةُ المصلحة المرسلة في الاستحسان:

مرَّ في بحث شُروط المصالح المرسلة أنَّ المالكيَّة -على ما رُجِّح من الخلاف بينهم- لا يَشترطون في المصلحة المرسلة وُقوفَها عند مرتبة الحاجيَّات وعدم انحطاطِها إلى رُتبة التَّحسينات؛ بل إنَّهم

يُعمِّمون في الأخذ بالمصلحة المرسلة في أيِّ رُتبة وَقَعَت أو حلَّت؛ فسواء عندهم كون المصلحة ضروريَّة أو حاجيَّة أو تحسينيَّة ما دام قد شهِدَ لها بعضُ أجناس المصالح المعتبرة شرعًا؛ إذْ لا فارق بين اعتبار المصلحة المرسلة في رتبة دون رتبة.

أمَّا المصالحُ المرسلةُ التي يُعتمَد عليها في الاستحسان المالكيِّ، فإنَّ فيها معنى زائدًا اقتضى اشتِراطَ كونِ المصلحة المرسلة في رُتبة الضَّرورة أو في رُتبة الحاجيَّات، وأنْ لا تَنزِلَ إلى رُتبة التَّحسينات والتَّزيينات؛ وهذا المعنى المُقتضي لهذا الشَّرط الزَّائد هو: أنَّ المصلحة المرسلة في الاستحسان لم تكُن رافعةً لدليل البراءة الأصليَّة؛ بل هي واردةٌ على بعض الأدلَّة المعتبَرة شرعًا من العُموم اللَّفظي أو القِياس؛ والخُروجُ عن مُقتضيات الأدلَّة لا يكون إلَّا للمصالح القويّة في ذاتها؛ والمصالحُ التَّزيينيّة ليست كذلك. وللأدلَّة سُلْطانُها وقُدسيَّتُها؛ فلا تُترك لما كان مِن قَبيل المصالح التّزيينيَّة؛ وإلَّا لكان ذلك ذَريعةً إلى خَرْق الشَّريعة.

وفُروعُ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تُنبئ عن أنَّه إنَّما كان يستثني من الدَّليل بما رَجَعَ إلى المصلحة الحاجيَّة أو الضَّروريَّة، لا ما آل إلى المصلحة التحسينيَّة؛ ومن القواعد التي قَعَّدها المالكيَّةُ: أنَّ مالِكًا يَعتبرُ الحاجةَ في تَجْويز الممنوع، كاعتِبار غيره الضَّرورة في ذلك.

قال ابنُ العربيِّ مُعدِّدًا لقواعِدَ اعتمدها مالكٌ في أبواب البيوع: «القاعدة السابعة: **اعتبارُ الحاجة في تجويز الممنوع، كاعتبار الضَّرورة في تحليل المحرم**؛ ومِنْ ذلك استثناءُ القرض من تحريم

بيع الذَّهب بالذَّهب إلى أجَلٍ. وهو شيءٌ انفرد به مالكٌ لم يُجوِّزه أحَدٌ من العلماء سِواه...»[١].

وكذلك فإنَّ قول ابنِ السَّراج: «**إنَّ مالكا يُراعي الحاجيَّات كما يراعي الضروريات**»[٢] **مُخرَّجٌ على ما قدَّمتُه من أنَّه إذا اتُّفق على أنَّ الاستناد للضَّرورة في تجويز الممنوع من الأصول المرعيَّة، فإنَّ مالِكًا كذلك يَستنِدُ إلى المصالح الحاجيَّة الكُليَّة في تجويز الممنوع، سواء بسواء؛ وسياقُ كلام ابنِ السَّراج يدلُّ على هذا؛ فإنَّه أوْرَدَ هذا النَّصَّ في سياق تجويزه لبعض العُقود التي دلَّ على المنع منها بعضُ الأدلَّة العامَّة، فأجازها اعتمادًا منه على أصل مالك في مراعاة الحاجيَّات.**

ثانيا: دُخولُ الاستِحسان في العِبادات والمعاملات:

مِنْ تتبُّعي لكثير من الفُروع المذهبيَّة في باب العبادات، تَبيَّن أنَّ مالكا يُجري الاستحسان في هذا الباب ويُعمله فيه كما أعمل هذا الأصل في أبواب المعاملات؛ إلَّا أنَّ الملاحظ أنَّ غالب ما يكون الاستحسانُ في العبادات من قَبيل التَّرخيص والتَّخفيف رَفْعًا للحرج والمشقَّة؛ وهذا القدرُ الذي كان على أساسه الاستحسانُ قَدْرٌ مَعْقولُ المعنى معقوليَّةً تسمَحُ بإجراء هذا الأصل المصلحيّ فيه؛

---

(١) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٧٩٠. وانظر جواز الأجل في القرض عند المالكية: الدسوقي الحاشية على الشرح الكبير ٣/ ٢٢٦.

(٢) المواق، التاج والإكليل ٧/ ٤٩٦، ميارة، شرح تحفة ابن عاصم ٢/ ١٠٢. قال الوزاني: «والشرع يرخص في الكلي الحاجي...». الوزاني، تحفة الأكياس ١٤٦.

ولقد كان سببُ المنع من إجْراء المصالح المرسلة في باب العبادات -كما سَبَق بيانُه- هو غِيابَ المعقوليَّة التَّفصيليَّة الظَّاهرة في غالب أحكام العبادات؛ لكنْ وَجَدْنا بابَ التَّرخُّص والتَّخفيف في العبادات معقولًا معقوليَّة ظاهرة؛ فكان الاستمساكُ بالمنع من الاستحسان استمساكا بالحكم مع انتفاء المناط الموجِب له؛ وذلك باطل. وعليه، فليس بين ما تقدَّم من عدم إجراء المصالح المرسلة في باب العبادات وبين إعمال الاستحسان -وهو مؤسَّس على الاستدلال المرسل- في الباب نفسه من تناقُض ولا تدافع.

وغالبُ رَفْع الحَرَج والترخُّص يَجْري على رُتبة الحاجِيَّات. قال الشَّاطبي عند بحثه لأصل التعبُّد في العبادات وعدم التعليل التفصيليِّ فيها: «... اللَّهمَّ إلا قليلاً من مَسائلها ظَهَر فيها معنى فَهِمْناه من الشَّرْع، فاعتبَرنا به أو شَهِدْنا في بعضِها بعدم الفَرْق بين المنصوص عليه والمسكوت عنه، فلا حَرَج حينئذ. فإنْ أشْكَل الأمرُ، فلا بُدَّ من الرجوع إلى ذلك الأصل، فهو العروة الوثقى للمُتفقِّه في الشريعة، والوَزَرُ الأحمى»[١].

وأُورِدُ في هذا الموضع مثالين من فُروع مالِكٍ التي قال فيها بالاستحسان في أبواب العبادات:

المثال الأوَّل: «عند مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ وجميع أصحابه أنَّ النَّجاسات كلَّها لا يُطهِّرُها إلَّا الماء، وإنْ زال العين بغير الماء فالحكمُ باقٍ، إلَّا أنَّه خَفَّف في أحَد قوليه أنْ يمسح الخفَّين من أرواث الدّوابِّ

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٥١-٥٣.

الرَّطبة وأبوالها ويُصلّي فيها دون أنْ يغسل[١]، للمَشقَّة التي تَلحَق النَّاسَ في خَلْعهما أو غسلهما، **لكثرةِ تكرُّر ذلك عليهم كلَّما أقبلوا أو أدبروا،والطُّرقاتُ لا تنفكُّ عنها، ولا يُمكن التوقّي منها**، فخصّ الخُفَّ بالمسح من أبوال الدَّواب وأرواثها الطَّريَّة لهذه العلّة، كما خُصّ المَخْرَجُ بالمسح بالأحْجار لتكرّر الأذى عليه وَمشقَّة غسلِه أبدًا كلَّما تكرَّر عليه الأذى، كما جوَّز لمن يُكثر التَّردادَ إلى مكَّة من الحطَّابين وغيرهم أنْ يَدْخُلوها بغير إحرام؛ ومثلُ هذا كثيرٌ»[٢].

المثال الثاني: سُئل مالكٌ عن الفرس في مثل الغَزْو والأسفار يكون صاحبُه يُمسِكُه فيبول فيُصيبه بولُ الفرس، قال: «أمَّا في أرض العدوِّ، فإنِّي **أرْجُو أنْ يكون خفيفًا** إذا لم يكُن له مَنْ يُمسِكُه غيره، وأمَّا في أرض الإسلام فليتَّقه ما استَطاع؛ **ودِينُ الله يُسْرٌ!**»[٣].

قال محمد بن رشد شارِحًا هذه الرواية، وذاكرًا وَجْهَ التخفيف والاستثناء: «وهذا كما قال؛ لأنَّه ممَّا لا يستطيع المسافر التَّوقّي منه، لا سيَّما الغازي في أرض العدوّ، **فهو موضعُ تَخْفيف للضّرورة**، كما **خفّف مسح الخفّ من الرَّوث الرَّطب**، وكما **جوَّز**

(١) المواق، التاج والإكليل ١/ ٢٢١-٢٢٣، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ١٥٣-١٥٤، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ١١٠-١١١.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ١/ ٦٤.

(٣) العتبي، المستخرجة مع شرحها: البيان والتحصيل ١/ ٨٥. وانظر المسألة: المواق، التاج والإكليل ١/ ٢١٤-٢١٥، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ١٤٩، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ١٠٧.

للمرأة أن تُصلّي في الثَّوب الذي تُرضِعُ فيه إذا لم يكن لها ثوبٌ غيره[١]، مع أنْ تَدْرَأ البولَ عنه جهدَها»[٢]، والضَّرورةُ الواردةُ في كلام ابن رشد ليست هي الضَّرورة الاصطلاحيَّة، بل مَعناها في هذا الموضع الحاجَةُ الماسَّة.

والمسائلُ التي ذكرها ابن رُشدٍ تُماثِلُ المسألةَ المشروحة، وتَجْري على المعنى نفسِه، وهي داخلةٌ في الحاجة لا الضَّرورة كما هو جَليٌّ.

ثالثا: اعتبار القُوَّة والضَّعْف في طَرَفي الدَّليل:

إعمالُ أصْلِ المصالح المرسلة في الاستثناء من العُمومات اللفظية والقياسية، يكون مَلْحوظًا فيه قوةُ طَرَفي الدَّليل، أعني المصلحة المرسلة، والعموم المقابلَ؛ فبعضُ العمومات قويَّةٌ، وبعضُها ضعيفة، وبعضُها مُتردِّدةٌ بين الطرفين. وكذلك هو القياس، في رُتَبٍ من القوَّة متفاوتة. والمصلحة كذلك هي قوةً وضعفا.

وممن أشار إلى هذا الملحظ: ابنُ العَرَبيِّ[٣] والقَرافيُّ[٤] والطوفيُّ[٥]، وقرَّره من المعاصِرين الشيخ ابن بية[٦].

---

(١) المواق، التاج والإكليل ١/ ٢٠٧-٢٠٩، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ١٤٤، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ١٠٦-١٠٧.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ١/ ٨٥-٨٦.

(٣) سيأتي نقل نصِّه.

(٤) سيأتي نقل نصِّه.

(٥) قال الطُّوفي في سياق تأييده لفتيا الليثي: «... وهو عامٌّ ضَعيفٌ، فيخصُّ بهذا الاجتهاد المصلحيِّ المناسِبِ، وتخصيصُ العموم طَريقٌ مَهْيَعٌ». شرح مختصر الروضة ٣/ ٢١٦.

(٦) ابن بية، الفرق بين الضرورة والحاجة، ص ١٤٠-١٤١.

العُمومُ في رُتَبٍ مُختلِفة:

العُموم يَتفاوَت من حيث قُوَّة ما يَتناوله بلَفْظه؛ فبعضُ العمومات قَويَّةٌ وبعضُها ضعيفةٌ. وبعض العمومات تَضعُف عن تناول بعض الأفراد بخُصوصها.

ومن الاعتِبارات المنظور إليها في لَحظ **قُوَّة العموم وضَعْفه:** فَرْقٌ بين عامٍّ وَرَد في باب بخُصوصه ثُمَّ عارضَ هذا العامَّ مَصلحةٌ؛ وبين عامٍّ وارِدٍ لا في خُصوص بابٍ بل هو عُموم يشمله ويشمل غيره، ثم دافَعَته مصلحةٌ من المصالح؛ فلا شَكَّ أنَّ العامَّ الأوَّلَ أقْوى من العامِّ الثاني؛ فالاستحسانُ إنَّما يَجْري في العامِّ الثاني أكثر مِمَّا يَجْري في العامِّ الأوَّل؛ وهذا لَحْظًا لقُوَّة العموم.

قال القَرافي: «نَعتبِر من النُّصوص الأصول ما هو خاصّ بذلك الباب في نوعه دون ما هو أعمُّ منه، فإذا كانت المصلحةُ في الإجارات، اعتبرنا نُصوصَ الإجارات، أو في الجنايات اعتبَرنا نصوصَ الجنايات. أمَّا نصٌّ يَشمَل ذلك الباب وغيره، فلا عِبرةَ به، لأنَّ هذه المصلحة أخصُّ منها، والأخصُّ مُقدَّمٌ على الأعمِّ، لا سيما إذا كان النصُّ يَشمَل جميعَ الشريعة، فقد كثُر تَخْصيصُه، فضَعُف التمسُّكُ به»[١].

ومن مُضعفات العموم في تناول بعض الأفراد، أنْ تكون تلك الأفراد مِمَّا لا تَخطر بالبال أو يبعد خُطورها به. قال ابنُ العربي في مسألة خصَّها مالك من عموم بالمصلحة: «وخُذوا نُكتةً بَديعةً

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٠٩٤-٤٠٩٥ .

في أصول الفقه لم تُذكَر فيها، نَبَّه عليها إمامُ الحرمين في كتاب العمد، فقال: إنَّ العموم إذا وَرَدَ وقلنا باستعماله أو قام دَليلٌ على وجوب القول به، فإنَّما يَتناول الغالبَ دون الشَّاذِّ النَّادِر الذي لا يخطُر ببال القائل. وصَدَق؛ فإنَّ **العموم إنَّما يكون عُمومًا بالقَصْد المقارِن للقول**، فما قُطع على أنَّ القائل لم يَقصده لا يَتناوله القولُ، **وعلى هذا لا يَتناول الحكمُ في العُموم ما يَعتَرض عليه بالإبْطال**، ولو أدخلنا المرأةَ في التغريب لاعترض بالإبطال على التحصين الذي لأجْله شُرِعَ الحَدُّ»[1].

كذلك كثرةُ التخصيص من العامِّ مما يُضعِفُه، لذلك يكون التخصيص منه بدَليل المصلحة معتبرا. وقد تقدَّم في كلام القرافي إشارةٌ إليه.

كذلك كونُ العُموم لم يُسَق للدلالة على بعض المعاني، وإنْ كان لفظُه يَشمَلها.

ومما يُنبَّه له في هذه الموضع: أنَّ التخصيص هو من قَبيل البيان، فالصورةُ المخصوصة من العموم ليست بداخلةٍ في حُكْمه، إذْ لو كانت داخلةً لكان التخصيصُ نَسْخًا، وليس هو بنَسْخٍ.

كذلك فإنَّ المصالح المرسلة ليست على رُتَبةٍ واحدة:

فمنها ما يَرجِعُ إلى الضَّروريات، ومنها ما هو آيلٌ للحاجيات، ومنها ما يَرتدُّ إلى التحسينيات.

---

(١) ابن العربيّ، القبس ٤/١١٩-١٢٠. وانظر ما سبق في تخصيص النصوص بالمصالح المرسلة.

كذلك فإنَّ العُموم في هذه المصالح ومَدَى قُوَّتها على الواقع يَختَلف، وقد تختلف الأنظار فيه كذلك.

النُّصوصُ الخاصَّة في التَّحْريم لا يَجْري فيها الاستحسانُ:

وإذْ تبيَّن مما تقدَّم مفهوم الاستحسان، فليس من سَبيله: الاعتراضُ على النُّصوص الخاصَّة بدَعْوى الحاجة العامَّة؛ فالحَرامُ المنصوصُ عليه لا يُعفَى الإقدامُ عليه إلا مِنْ ضرورةٍ[١].

ومُدْرَكُ النظَر في ذلك: أنَّ الاستِحْسان كان الاستمساكُ به صَحيحًا من الاستمساك: أنْ كان الدَّليلُ المعارِض له من العُموم ليس قاطِعًا في تناوُله للمسألة المستحسنة، فلَمَّا عَلِمْنا أنَّ الدَّليل العامَّ قد عارَضَ بعضَ الأصول المصلحية استَدْلَلْنا بذلك على عَدَم إرادة تناول العامِّ لتلك المسألة في حُكمِها. أمَّا النَّصُّ الخاصُّ، فلا يَصِحُّ أنْ يُترك بدَعْوى وُجود مصلحةٍ عامَّةٍ، ذلك أنَّ النصَّ الخاصَّ قَطْعيٌّ في تناوُل ما دَلَّ عليه، خِلافًا للدَّليل العامِّ الظنيِّ الذي ضَعُف عن تناول بعض أفراده.

---

(١) ابن بية، الفرق بين الضرورة والحاجة، ص ١٣٣. وهذا البحثُ من أحسن ما بُحِثَت به الحاجة، والاستناد إليها في الأحكام الاجتهادية. فانظره فهو مفيد.

الفرع الثّاني

مَجالُ العَمَل بالاستِحسان في المذهب المالكيِّ

تَوسَّعَ مالِكٌ في باب العادات في الأخذ بقاعدة الاستحسان؛ لكونِ هذا الباب جاريًا على وَفق المناسبات المعقولة، كما تقدَّم في بحث المصالح المرسلة التَّدليل عليه. فمنطقُ الاستحسان يتوافق مع قانون المصالح الذي بُنِيَ عليه التَّشريع في العادات؛ فإنَّا رأينا الشَّارع ينتقِلُ من الحلِّ إلى الحرمة ومن الحُرمَة إلى الحِلِّ بحسب تغيُّر المصلحة المتفصِّية عن هذا الفعل أو ذاك.

وهذا ما يعكِسُ أنَّ مذهب مالك رضي الله عنه مرِنٌ بمُراعاة مصالح الخلق في مَعايشهم، وأنَّ مُراعاة الحاجاتِ في التَّعامل ورفع المشقَّة والحرج والعُسْر من سِمات مذهبِه الذي تقُوم به خطَّةُ الاستحسان، والتي تُعدُّ من الخطط التَّشريعيَّة الموثِّقة لأصل المصلحة.

قال الشَّاطبيُّ بعدَ أنْ قرَّر أنَّ أبواب العادات ممَّا تجري على أصل المعقوليَّة التَّفصيليَّة: «وقد توسَّع في هذا القسم مالك رحمه الله حتَّى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة؛ وقال فيه بالاستحسان ونُقِلَ عنه أنَّه قال إنَّه تسعةُ أعشار العلم»[١].

لكنْ يُلحَظُ أنَّ جانِبا كبيرًا من الرُّخص كائنةٌ في أبواب العبادة؛

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/٣٠٦-٣٠٧.

وغالبُ ما يكون الاستحسان في أبواب العبادات متعلّقا بالتّرخّص والتَّخفيف؛ لمعقوليَّة ذلك، كما تقدَّم بَسْطُه.

* * *

المطلب الرَّابع

الأصول المصلحيَّة المقتضية للعُدول عن الدَّليل الأصليِّ، وكواشِفُ عُموم الحاجة المقتضية للاستحسان

الفرع الأول

الأصولُ المصلحيَّة المقتضية للعُدول عن الدَّليل الأصلي

الأساسُ الذي يَعتمِدُ عليه أصلُ الاستحسان عند المالكيَّة، هو أصل المصالح المرسلة؛ والمصالحُ المرسلة تَستمدّ حجيَّتها من استقراء تفاريقِ الشَّريعة المُتفصِّي عنه تقريرُ كلِّياتٍ مصلحيَّة تنزل منزلة العُموم في دلالتها على أفراد المصالح شهادةً واعتبارًا. وقد تتبَّعتُ بعض فروعِ المالكيَّة الاستحسانيَّة وحاولتُ استخلاص بعض الكُليَّات المصلحيَّة التي يُستند إليها في الاستحسان؛ فتحصل لي ثلاثُ كلِّيات وقواعدَ: أوَّلها: قاعدة المعروف؛ ثانيها: قاعدة الرِّفق؛ ثالثها: قاعدة الضَّرر والفَساد.

● **القاعدة الأولى: الاستناد في الاستحسان على قاعدة المعروف:**

من الأصول التي كانت عُمدةً لمالِكٍ في كثير من استحساناته **قاعدةُ المعروف**؛ فإنَّ الاستقراء للمُناسبات المصلحيَّة دَلَّ على أنَّ

كثيرا من الأحكام الشَّرعيَّة المعدول بها عن القياس، والتي جَرَت على منطق الاستحسان ومنهجِه، ممَّا استثناها الشَّارع الحكيمُ من الاقتضاءات الأصليَّة للأدلَّة-: كان الملحظُ المنظورُ إليه هو **المعروف والإحسان**؛ فليس من العدل في الشَّرع أنْ يُعامَل مُريدُ الإحسان وطالبُ العُرْف بما يُعامَلُ به من قصد إلى المماكسة والمشاحَّة، فلكلٍّ طريقٌ وسبيلٌ في التَّعامل معه؛ ثمَّ إنَّه ممَّا عُلِمَ شرعًا من تصرُّفات الشَّارع أنَّه يقصد إلى بثّ العُرف بين النَّاس، وإفشاء الإحْسان فيما بينهم، ورفع الكُلَف عمّن انتحَى هذه السّبيل، وصَغَا إلى هذا المَهْيَع؛ وعليه خُفِّف في أحكام التَّشريع عمَّن كان سالِكًا سبيل العُرْف والإحسان ما لم يُخفَّف على غيره.

ومن المُثُل الجليَّة في هذا الذي قدَّمتُه: القرضُ؛ فإنَّ حقيقته ربا نسيئة، لأنَّ فيه دَفْعَ مال عَيْنًا وأخذَ مثله إلى أجل؛ إلَّا أنَّ الشَّارع أباحه لمّا كان قصدُ المُقرِض هو المكارمةَ والمعروفَ وطلبَ الإحسان، فاستُثني من أصل المنع. وممَّا يدُلّ على تعليق الجواز بهذا المناط، أنَّه لو عُلِمَ بقرائن مُحتفَّة أنَّ القَرْض لم يُقصَد به المعروفُ، رَجَع الحكمُ إلى المنع، كما هو الحالُ في القرض الذي يَجرُّ نَفْعًا للمُقْرِض، فالنَّفعُ العائدُ على المقرِض دَلَّ على أنَّ قَصْدَه لم يكُن مُتوجِّهًا إلى المعروف الذي له أُبيح القرضُ، وإنَّما كان عائدًا إلى المماكسة في عَقْدٍ وُضِع أصالةً للمُكارَمَة والمعروف[1].

(١) القرافي، الذخيرة ٥/ ٢٣١، ٢٥٥، ٢٨٩-٢٩٠، ٤٣٧، الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧، الباجي، المنتقى ٤/ ٢٨٠.

ومثل القرض: الحوالة والشركة والتولية والإقالة، استثنيت في الشرع من أصول اقتضت المنعَ، لَمَّا أخذت مَسْلَكَ المعروف[١].

قال ابنُ رُشْدٍ: «**فإنْ دَخَلَ الحوالةَ وَجْهٌ من وُجوه المكايسة، رَجَعت إلى الأصل، فلم تجز**»[٢].

ومن مُثل ذلك العَرايا، قال ابنُ العربي: «اعتُبِر **قَصْدُ المعروف** في العرايا، واستثنيت من قاعدة الربا، بخُروجها عن مقصود البيع في المكايسة **وانحطاطها في شِعْب الرِّفْق والمكارمة**»[٣].

فلمَّا رأى مالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ الشَّارع نَهجَ في تشريعه هذا المنهج، وقَصَد إلى هذا المعنى-: فإنَّه جَعَل ذلك أصلا في العُدول عن الاقتضاء الأصليّ للدَّليل، فاستحسن بقاعدة المعروف.

قال المقَّريُّ مُقرِّرًا قاعدةَ مالِكٍ في الاستثناء بالمعروف: «قاعدة: قد يُباح بعضُ الرِّبا عند مالِكٍ إمَّا **للمعروف كالمبادلة**، أو **للرِّفْق كالرَّدِّ في الدِّرهم؛ ترجيحًا لمصلحتهما على مفسدته**؛ لأنَّ الشَّرْع أباح لهما ربا النسيئة المجمَع عليه في القرض، فالفَضْلُ أوْلى»[٤].

وجِهةُ الأولوية في الإباحة هنا، أنَّ ربا النسيئة أشَدُّ تحريما من رِبا الفضل، إذْ رِبَا الفضل ما حُرِّم إلا على جِهَة الوسيلة إلى تحريم النَّساء.

---

(١) ابن رُشْدٍ، البيان التحصيل، ١١/ ٢٩٥-٢٩٦. وانظر كذلك عن أصل المعروف: البيان والتحصيل: ١٢٢/ ٤١، ٣٤٧.

(٢) ابن رُشْدٍ، البيان التحصيل، ١١/ ٢٩٥.

(٣) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٠٣.

(٤) القواعد، المقري رقم ٨٧٩.

وقد قرَّر هذا المعنى مِن قبلُ القاضي ابنُ العربيّ، حيث جعل «قاعدة المعروف» من القواعد التي بَنَى مالكٌ عليها فقهَه في أبواب المعاملات الماليَّة، قال ابنُ العربي في «القبس»: «قال مالِكٌ من بين مشيخة الأمصار وعلمائها: ما كان مِنْ شرك أو إقالة أو تولية فإنَّه مُستثنى من بيع الطعام قبل قبضه، وإنْ كان ذلك بيعا حقيقة، ولكنَّه أسعدُ العلماء في تجويزه ذلك لطريقين:

أحدهما: **أنَّ هذا من باب المعروف والمشاركة، فلا يدخل تحت لفظ البيع المبنيّ على المغابنة والمكايسة، وهي قاعدة ينفردُ بها كما قدَّمناه...**»[1].

ومن أمثلة النظر إلى قاعدة المعروف جوازُ التفاضل في المبادلة اليسيرة؛ قال ابنُ العربيّ: «... فإذا أثبت هذا فبعت الدنانير مُراطَلَة اعتبر الوزن ولم يعتبر العدد، وإنْ بيعت معادّةً اعتبر العدد والوزن معا، ولم يجز في ذلك تفاضل؛ **إلَّا أنَّ مالكًا جوَّزه في اليسير كثلاثة دَنانيرَ يُبادِل فيها الرَّجُل صاحبَه كامِلاً بناقِصٍ، فإنَّ مالكا سامَحَ فيها بخِلاف سائر الفقهاء مُستمِدًّا من قاعدة المعروف**»[2].

قال ابنُ القاسم: وسمعت مالكًا قال في رجل دَفَع إلى آخَرَ له ذهبا أو ورقا ناقصا أو طعاما مأكولاً، فقال له: أحسِنْ إليَّ أبْدِلْ لي هذه بأجودَ منه، وأنفقه فيما تنفق. قال مالكٌ: إذا كان على

---

(١) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٢٩.

(٢) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٢٥.

وَجْه **المعروف** على غير شرط، إنْ شاء تم على ذلك وإنْ شاء ردّ عليه مثل ما أخذ منه لم يلزمه غير ذلك-: **فلا أرى فيه بأسًا يدًا بيد**[١].

قال محمد بن رشد شارحا المسألة: «أجاز مُبادلة الذهب أو الورِق الناقصة بالذهب الوازنة والطعام المأكول بالطعام صَحيحٌ على **وجه المعروف**، ومعنى ذلك في الذَّهَب والورِق فيما قلَّ منه مثل الدِّينار والثلاثة إلى الستة على ما في المدونة، وإنْ كان سحنون قد أصلح الستة ورَدَّها ثلاثة. . .»[٢].

وقال الونشريسي مقررا هذه القاعدة: «**المعروف يُوسَّع فيه ما لم يُوسَّع في غيره**»[٣].

والمعروفُ والإحسانُ والمواساةُ بين النَّاس ليست من المصالح التَّحسينيَّة، كما قد يذهَبُ إليه خَلَدُ مَنْ لم يُنعم النظر، فالمعروفُ من المصالح الحاجيَّة التي تَكْفل للأمَّة توثُّق رابطة الأُخوَّة فيما بينها، وتجعلها أمَّة مُتكافِلَةً مُتواسية. قال ابنُ عاشور في سِياق تناوله لعُقود التبرُّعات: «عُقودُ التبرُّعات قائمةٌ على أساس المواساة بين أفراد الأمة، الخادمة لمعنى الأخوَّة، **فهي مصلحةٌ حاجيةٌ جليلة**، وأثر خلق إسلامي جميل»[٤].

---

(١) العتبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل)، ٦/ ٤٣٨.

(٢) ابن رُشْدٍ، البيان التحصيل، ٦/ ٤٣٨-٤٣٩. وانظر تتمَّةَ كلام ابن رشد.

(٣) الونشريسي، عدة البروق ٥٦٦/ ص٣٩٣.

(٤) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٤٨٧.

وما تَجِدُه من الأحكام التي وَرَدت على خلاف ما يُعْطيه القياس الظاهر الذي يَبتَدِرُ الأذهان، هي أحكامٌ اقتَرَنت بها بعضُ الأوصاف التي أوْجَبت مُخالفتها لذلك القياس، فهي ما خَرَجت عن تلك الأقيسة إلا وهي راجِعةٌ في الاعتبار إلى بعض المعاني المصلحية المقتضية لاستثنائها من تلك الأقيسة.

ثُمَّ إنَّ ما يُقال فيه: «إنه خِلافُ القياس»، قد خَفيت فيه العلةُ التي لأجْلها كانت المخالفة. كالقَرْض، فإنَّه مُخالِفٌ للقياس لِمَا فيه من النساء، إذْ فيه دَفْعُ مالٍ وأخْذُ مثلِه إلى أجَلٍ؛ ورِبَا النسيئة حُرِّم لما فيه من الظُّلْم؛ وأينَ أنتَ واجِدٌ هذا الظُّلمَ في القَرْض الحسَن! فهذا القَرْضُ هو مَحْضُ تَفضُّلٍ وإحْسان، وما أبعدَه عن الظُّلم! فكيف يُقال بعدها إنَّ القَرْض مُخالِفٌ للقياس! فتَرَى أنَّ القَرْض ليس فيه المعنى الذي له دَلَّ الأصلُ الذي قيل إنه قد خالَفَه[1].

كما تَجِدُ الشُّروطَ الموضوعةَ لبعض ما قيل إنه مخالفٌ للقياس،

---

(١) وأحسنُ مَنْ قرَّر ما قيل فيه «إنه على خلاف القياس»: ابنُ تيمية رحمه الله. فقد قرَّر أنه لا يُوجَد حُكْمٌ على خِلاف القياس، بل كلُّ حُكْم في الشَّرْع هو على وَفْق القياس الصَّحيح، علمه من علمه وجهله من جهله. وجمهورُ الناس على أنَّ في الشرع أحكاما على خِلاف القياس. لكنَّ الخلاف في أكثره نَظَريٌّ، ذلك أنَّ المخالفة المرادة هي المخالفة الظاهرة، وما خَرَجَ الحكمُ عن القياس الظاهر إلا لمعنى من المعاني المعتبرة، فالحكمُ ما خَرَج عن قياس إلا وهو يأوي إلى معنى في الشَّرع معتبر. وهذا ما يُسلِّمه ابنُ تيمية. أمَّا أنْ يُراد من مخالفة القياس: أنَّ المخالفة لم تكن لمعنى معتبر، فهذا الذي يُنكِرُه ابن تيمية وغيرُه. على أنَّ ابن تيمية يُخالف في أمرٍ آخَرَ، وهو تَكْييفُ بعض الأحكام الشَّرْعية من هذا الضرب [كبعض العُقود من سَلَم وحَوالة وإجارة وغيرها]، بحيث كيَّفها تكييفًا خرجت عن أن تكون مخالفةً للقِياس حتى في الظاهر.

مِمَّا تُخفِّف العِلَّةَ المقتَضية للتحريم، فالسَّلَمُ مثلا قيل إنه على خِلاف القياس لما فيه من الغَرَر وبيع ما ليس عنده، وما أُبيح إلا لأنَّ بالناس حاجةً إليه؛ لكنَّ الشَّارع عند إباحته لهذا العَقْد وَضَع شُروطًا خَفَّفَ بها الغَرَر المحذور قَدْرَ الإمكان، مع ما في هذا العَقْد من الحاجة، فاقتضى هذا كلُّه إباحةَ هذا العقد.

جَوازُ الشَّيء مُسامَحَةً ورِفْقًا لِما جَرَتْ عادة الناس عليه:

وجَريانُ العادة بالمسامحة في بعض التَّعاملات، ممَّا يقتضي التَّخفيفَ والاستثناءَ من أصل المنع؛ لما عُلِمَ من أنَّ مقصد الشَّرع في المنع من كثير من التَّعامُلات هو التَّنازُعُ والخصامُ بين المتعاملين؛ فإذا ارتفع مناطُ المنع وهو النزاع بما جَرَى عليه النَّاس من المسامحة وعدم المشاحّة، كان ذلك رافِعًا للحُكْم لارتِفاع مَناطِه، والحكمُ معلَّقٌ بمناطه وُجودًا وانتفاء. كما أنَّ المسامَحَةَ ممَّا يَشمَلُه أصلُ الإحسان في الشَّرع، وهو أصلٌ شرعي يَقضي على الأصل المانع بالتجويز؛ لأنَّ المسامحة ممَّا تُوثِّقُ أصلَ المعروف.

قال ابنُ دحون المالكيّ مُعلِّلا وموجِّها بعضَ مسائل «العتبية»: «**إنَّما جازت هذه المسألة على المسامحة، وبما جرت به عادة الناس**؛ وأصلُها ألَّا تجوز، لِمَا فيها من المجهول. . .»[1].

● **القاعدة الثَّانية: الاستناد في الاستحسان على قاعدة الرِّفق:**

ولئنْ كانت قاعدةُ المعروف من القواعد المصلحيَّة التي كان

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ١١/٣٢٨.

على أساسها الاستحسانُ من الاقتضاءات الأصليَّة للأدلَّة، فإنَّ قاعدةَ الرِّفق بالنَّاس لا تنـزلُ في الأهميَّة عنها؛ بل إنَّ اللَّجأَ إليها في الاستحسان أكثرُ، والصَّغوَ إليها في الاستثناء أوفرُ.

وقاعدة الرِّفق بالنَّاس من القواعد المصلحيَّة التي تُحقِّقُ معاني التَّوسعة العامَّة على النَّاس في تعاملاتهم، وترفعُ عنهم الحرجَ والمشقَّة التي ربَّما عَرَضَت لهم؛ فحيثُما كان العُلوقُ بالاقتضاء الأصليّ مُوجِبًا للضّيق والحرَج الذي عُلِمَ من الشَّرع رفعُ مثلِه، فإنَّ قاعدة الرِّفق تُكفكِفُ الحرجَ الواقِعَ وتُخفِّفُ من غُلَوائه؛ استحسانًا.

قال الشَّاطبيّ في سياق إيراده لأدلَّة اعتبار المآل: «. . . والأدلَّةُ الدَّالة على التَّوسعة ورَفْع الحَرَج كلّها؛ فإنَّ **غالبها سَماحٌ فى عمل غير مشروع فى الأصل لِمَا يَؤُول إليه من الرِّفْق المشروع**»[1].

والشَّارِعُ في أحكامه قد اعتمد على قاعدة الرّفق والارتفاق في استثناء بعض الأحكام من الاقتضاءات الأصليَّة التي توجِب الحرجَ والمشقة، فأعمل الرِّفقَ في تلك المحالِّ للتَّوسعة العامَّة:

ومن المُثُل الجارية على قاعدة الرِّفق عقدُ السَّلم، فالدَّليلُ الأوليُّ يدُلُّ باقتضائه الأصليّ على منْعِ هذا العقد، لأنَّ فيه بيعَ معدوم؛ لكنَّ الشَّرع أجاز هذا العقدَ استثناءً من الأصل رَعْيًا لقاعدة الرِّفق بالنَّاس؛ ومَكْمنُ الرِّفق أنَّ البائع قد يكون في حاجة إلى مال فيرتفق بتقديم الثمن، والمشتري يرتفق برخص السِّلعة[2].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/١٩٨.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين ١/٣٠٢. وانظر الذخيرة للقرافي ٥/٢٢٤.

ولئنْ كان الشَّرعُ استَحسَنَ تخفيفًا، فكذلك المجتهد؛ لأنَّه ناهجٌ مناهجَ الشَّرع في التَّشريع اجتهادًا؛ وليس معنى كونِ العُلماء ورثةَ الأنبياء إلَّا كونهم يَنهَجُون مناهِجَ الشَّرع في التَّشريع اجتهادًا، بحسب ما أدَّاهم إليه استقراءُ الشَّريعة الغرَّاء؛ قال الشَّاطبيّ: «المجتهِدُ نائبٌ عن الشَّارع فى الحكم على أفعال المكلَّفين»[١].

قال مالكٌ مُعلِّلاً تخفيفَه لبعض المعاملات: «... **ولِمَا للنَّاس في ذلك من الرِّفق بهم** وقلَّة غناهم عنه، لأنَّها نفقات لا تكاد تنقطع؛ ألا ترى أنه لا يجوز لأحد دُخولُ مَكَّة إلَّا بإحرام، وقد جوّز لمن قاربها من الحطّابين وغيرهم لكثرة تَرْدادهم عليها، وأنَّهم لا غنى بهم عن إدامة ذلك، ولمنافع النَّاس بهم أن يدخلوها بغير إحرام»[٢]، فمالِكٌ خفَّف المسألة واستحسنها من أصل المنع بقاعدة الرِّفق والتَّوسعة، ثمَّ إنَّه لم يقِف عند ذلك بل استدلَّ على قاعدة الرّفْق بأنَّ الشَّرع لم يُجِزْ دخولَ مَكَّة إلا بإحرام؛ وطَرْدُ اقتضاء الدَّليل الأصليّ يُوجِبُ المنعَ مُطلقا حتَّى على مَن يُكثِرُ الدُّخولَ إليها والخروج منها كالحطَّابين؛ غيرَ أنَّ انقداح معنىً زائدٍ، وهو المشقَّة والضّيق اللاحقان بمن يَكثُر تَرْدادُه على مكَّة، أوْجَبَ أنْ يُستثنى ذلك من الحكم الأصليّ، ويُخفّف استحسانًا؛ ولا يُعلَم خلافٌ في ذلك بين أهل العلم، كما قال ابنُ عبد البر[٣].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٩٦.

(٢) سحنون، المدونة ٣/ ١٣.

(٣) ابن عبد البر، التمهيد ٦/ ١٦٤.

وأشار إلى قاعدة الرِّفق أساسا للاستحسان المَقَّرِيُّ، قال رَحِمَهُ اللَّهُ: «قاعدة: قد يُباح بعضُ الرِّبا عند مالك، إمّا **للمعروف كالمبادلة، أو للرِّفق كالردّ في الدرهم؛ ترجيحا لمصلحتهما على مفسدته؛** لأنَّ الشَّرْع أباح لهما ربا النسيئة المجمع عليه في القرض، فالفضل أولى...»[1].

وقال المقَّريُّ: «قاعدة: **التَّوسعةُ العامَّةُ عند مالكٍ توجبُ الاستثناءَ من الأصول؛ قياسًا على ما وَرَدت به النُّصوصُ**، فمِنْ ثَمَّ استثنى **المبادلة**، والردَّ في الدرهم، وتأخير رأس مال السلم ثلاثة وقبض المعيّن ونحوها، قِياسًا على القَرض ونحوه»[2]؛ ومُرادُ المقّريّ من القياس على القَرْض وعلى ما وَرَدت به النّصوص، أنَّ الأحكام التي جَرتْ على الاستحسان بقاعدة الرّفق تُعدُّ أصولا لأصْل مالك الذي اعتمده من الاستناد إلى التَّوسعة العامَّة للاستثناء من الأصول.

ومن أمثلة الاستحسان المؤسَّس على قاعدة الرفق: مسألةُ بيعة أهل المدينة **فهي مسألةٌ مَبنيةٌ على الالتفات إلى الرِّفق والتوسعة على الناس**؛ «لأنَّ المرء يَحتاج إلى أخذ اللبن والرّطب مُياوَمَة، ويشقّ أنْ يأخُذَ كلَّ يوم ابتداء؛ لأنَّ النَّقد قد لا يحضره وأنَّ السِّعر قد يختلف عليه، وصاحبُ النَّخل واللَّبن يحتاج إلى النَّقد؛ لأنَّ الذي عنده عروض لا يتصرف له، **فلمَّا اشتركا في الحاجة** رخّص

---

(١) القواعد، المقري رقم ٨٧٩.

(٢) القواعد، المقري، رقم ٨٨٤.

لهما في هذه المعاملة، قياسا على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح»[١].

● **القاعد الثّالثة: الاستناد في الاستحسان على قاعدة الضَّرر والفساد:**

هذا، وممَّا يتبدّى في فقه مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه يجعل من قاعدة رفع الضَّرر والفساد من الأُسس المرجعيَّة والقواعد المحتكم إليها في الاستحسان والاستثناء من أصل المنع الذي يُعطيه الاقتضاءُ الأصليّ للدَّليل. والأساسُ الذي يقوم عليه منطقُ الاستثناء بقاعدة رفع الضَّرر والفساد، أنَّ الشَّارع في تشريعه لأحكامه كان قاصدا لجلب المصالح ودفع الضَّرر عنهم ورفع الفساد النَّازل بهم، فلَوْ أنَّ تطبيق الدَّليل الأصليِّ أدَّى في بعض المحالِّ إلى خِلاف ما قَصدَ إليه الشَّرعُ، بأنْ كان هنالك فساد غالبٌ أو ضرر راجِحٌ، فإنَّ الاستمساك بالاقتضاء الأصليّ -وهو ظنيّ بحكم العموم فيه- ممَّا يُؤدّي إلى المناقضة، وإلى خَرْم الأصل القطعيّ المفيد بأنَّ التَّشريع تشريعٌ مصلحيّ. وعليه، فإنَّ معقوليَّة التَّشريع تقضي بأنْ يُلحَق الفرعُ الذي عَلِقَ به الضَّررُ المعتبر، نتيجةَ تطبيق الدَّليل الأصليّ عليه، ببعض قواعدِ الشَّرع التي تَكفُل للشَّرع اتِّساقَه واطِّرادَ منهاجه، والقاعدةُ هنا هي قاعدة رفع الضّرر والفساد.

ومن أمثلة استحسان مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ بقاعدة الضَّرر والفساد:

أنَّ علماء الأمصار اتَّفقوا على أنَّ الشُّفعة إنَّما تكون في العَقَار دون المنقول، وانفَرَدَ مالِكٌ عن جمهور العلماء بفرعين كان أساس

(١) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٢٤-٨٢٥.

قوله بهما الاستحسان المؤسَّس على قاعدة الضرر والفساد:

الفَرْعُ الأوَّل: قال مالك **بالشفعة في الثّمار**، وهي من المنقولات، وقال سائر العلماء: **كلّ منقول لا شفعة فيه كالعروض، وهذا قياس جلي**.

قال ابنُ العربي مُبيِّنا مُدْرَك مالك: «... النَّبي ﷺ **أرخص في بيع العرايا واستثناها من الرِّبا لضرر المداخلة**، وكذلك ضررُ المداخلة في الثَّمرة مثلُه عند القضاء بالشُّفعة»[1].

أمَّا الفرع الثَّاني: فقد قال مالكٌ بثبوت الشُّفعة فيما لا يَنقسم من العَقَار إلَّا بفساد هيئته وتغيُّر صِفته كالحمام والبئر؛ قال ابنُ العربي مُعلِّلا مذهبَ مالك: «وذلك لفِقْهٍ بَديع لم يتفطَّن له سِواه، وذلك أنَّ الشُّفعة وُضِعَت كما قلناه **دَفْعًا لضرر مؤونة القسمة**، والخسارةُ في تغيير هيئة الحمَّام والبئر أكثرُ منها في مؤونة القسمة؛ فكيف يُدفع ضررٌ بأعظم منه؟! وإنَّما يُرفَع أعظمُ الضَّررين بأهونَ منه، وهذا بيِّنٌ لمن تأمَّله، ولهذا قلنا: إن رواية المصريِّين أقوى[2]. ولم يكُن في قوله: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧] متعلّقٌ؛ لأنَّه **عموم تخصُّه قاعدة الضَّرر والفساد المتَّفق عليها**»[3].

وأشار ابنُ العربيِّ في خِتام كلامه إلى مسألة قِسمة الموروث التي تُؤدِّي إلى تغيير هيئته فتبطل المنفعةُ أو تنقص القيمة؛ فهل يُقسَم

---

(١) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٥٦.

(٢) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٤٧٦، عليش، منح الجليل ٧/ ١٩٥-١٩٦.

(٣) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٥٦؛ وانظر: عبد الوهاب، الإشراف ٢/ ٦٣٧.

الموروثُ أو يُراعى ما ذَكرته من إبطال المنفعة وتنقيص القيمة؟

رَأى ابنُ كِنانةَ القسمةَ مُطلقًا، لقوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧][1].

وروى ابنُ القاسم عن مالِكٍ أنَّ ذلك لا يجوز. قال ابنُ العربي مُوجِّهًا ذلك: «لما فيه من المضارَّة؛ وقد نَفَى الله سبحانه وتعالى المضارَّة بقوله سبحانه: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّۚ﴾ وأكَّد النبيُّ ﷺ ذلك بقوله: «لا ضَرَرَ ولا ضِرار»»[2].

ومما أبْداه ابنُ العربيِّ على ما استُدلَّ به لقول ابنِ كِنانةَ، وهو قوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَۚ﴾ -: أنَّ الآيةَ لم تَتعرَّض للقسمة ولم تُسَقْ لها، وإنما جَرَت الآية على بَيان وُجوب النصيب في المال قلَّ أو كثُر. قال ابنُ العربي: «وهذا بعيدٌ، فإنه ليس في الآية تَعرُّضٌ للقسمة؛ وإنما اقتضت الآيةُ وُجوبَ الحظِّ والنصيب في التركة قليلا كان أو كثيرا؛ فقال سبحانه وتعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ وهذا ظاهِرٌ جدًّا. فأمَّا إبرازُ ذلك النصيب فإنما يُؤخذ من دليل آخر»[3]. فترى كيف ضعَّف ابنُ العربي تناوَل العمومُ للمسألة التي نحن فيها.

* * *

---

(١) ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٤٢٩.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٤٢٩.

(٣) ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٤٢٩.

الفرع الثَّاني

كواشفُ عُموم الحاجة المقتضية للاستحسان

وممَّا يَتعلَّقُ بالأُسُس التي يكون عليها الارتكازُ في أصل الاستحسان، الكواشِفُ التي تُبينُ عن الحاجة العامَّة المقتضية للتَّخفيف والاستحسان؛ والذي حَصَلَ لي من هذه الكواشف كاشفان بينهما ارتباطٌ: الأوَّل: عُمومُ البَلوَى، والثَّاني: العُرفُ.

أوَّلا: عُمومُ البَلْوى كاشفٌ للحاجة العامَّة المقتضية للاستحسان:

ممَّا يَسوقه الفُقهاء في الفروع الفقهية للتَّنصيص على مُوجِب العدول عن الاقتضاء الأصليّ للدّليل-: أنّ البلوى عامَّةٌ بهذا الأمر، فلزم من ذلك أن نَخرُج عن أصل الدَّليل العامّ، ونستأنف للمسألة حُكما آخرَ بحيث يكون الحكمُ فيها أقربَ إلى العدل، وأنأى عن الحَرَج والمشقَّة العامَّة[1].

والذي يظهر لي أنَّ عُمومَ البَلْوى هو في حقيقة الأمر كاشفٌ يَكشِفُ عن عموم الحاجة، وشدَّة أثر هذه الحاجة عند النَّاس؛ وعُمومُ البلوى تتعلَّق بالضَّرر اللَّاحق بالنَّاس إذا لم تَجْرِ المصلحةُ المقابلة للمفسدة؛ فالعلماءُ يتجوَّزون فيُطلقون على السَّبب الموجِبِ للعُدول اسمَ الكاشِفِ عنه لاقتِرانه به، ودلالتِه عليه.

---

(١) انظر مثلا عند: المواق في التاج والإكليل ٦/ ٩٨، ٧/ ١٠٢.

قال صاحِبُ «تهذيب الفروق» مُبرِزًا قاعدة الشَّرع فيما تعُمُّ به البلوى، وأنَّها من مُوجبات التَّخفيف: «والقاعدة في الملَّة السَّمحة **تَخْفيفُ كلّ ما عمَّت به البلوى، والتَّشديدُ فيما لم تعمَّ البلوى به**»[١].

ومن الأمثلة التي خفَّف مالكٌ فيها واستحسن، وكانت عُموم البَلوى هي الكاشفة للمصلحة الحاجيَّة العامَّة-:

ما أوْرَده العتبيُّ في «المستخرجة»: «سُئل مالكٌ عن الرَّجل يَشتَري من البيّاع بالدّانق والدّانقين والثَّلاثة، فتكون درهمان أو ثلاثة، فيُعطيه دراهم. قال: **لا أرى بأسا؛ ودينُ الله يُسْرٌ!**»[٢].

قال محمد بن رشد شارحًا للمسألة: «إنَّما خفَّف ذلك وقال: «لا أرى بأسا ودينُ الله يسر»، ولم يُطلق القولَ بإجازته، لأنَّ الدَّراهم التي قضاه إيّاها إنَّما اجتمعت له قبله من دوانق مُقطَّعة شيئا بعد شيء، وهي لو جُمِعت بعد أن تُوزَن مقطَّعة لم يَكُنْ بُدٌّ من أنْ تنقص من وزن الدَّراهم التي قَضاه أو يزيد عليها... وأجازه في هذه المسألة لأنَّها **نَفَقاتٌ تكثُر وأمرٌ يَعُمّ**، فلا يُقدَرُ على التوقِّي منه بأنْ يَقضيه فيما يجمع[٣] له قِبَلَه من الدَّوانق ذهبا أو فُلوسا أو عروضا إلا لمشقَّة تدخُل على النَّاس في ذلك»[٤].

ومن المسائل التي أفتى فيها المتأخِّرون من المالكية

(١) تهذيب الفروق ٣/ ١٨٢.

(٢) العتبي، المستخرجة مع شرحها: البيان والتحصيل ٦/ ٤٦٣، وانظر: التَّاج والإكليل ٦/ ١٨٦.

(٣) كذا في المطبوع من البيان والتحصيل؛ ولعلها: «يجتمع».

(٤) ابن رشد، البيان والتحصيل ٦/ ٤٦٣، وانظر التاج والإكليل ٦/ ١٨٦.

بالاستحسان اعتمادًا على عُموم البَلوى، مَسألةُ جَواز كراء الأرض بما تُنبتُه، قال الحجويّ: «وكان العُلماءُ لا يُفتون في منع مسألة حتَّى **يَنْظُروا إلى حاجة الناس إليها، أو عُموم المعاملة بها,رَخَّصوا وأباحوا وما ضيَّقوا**، . . .وانظر «المعيار» وغيره فتاوي من أفتى: **بجواز كراء الأرض بما تُنبِتُ لعموم البلوى بها**. . .»[1].

فما تعمُّ به البلوى ويَكثُر احتياجُ النَّاس إليه، ممَّا يَقتَضي التَّخفيفَ.

ومن أمثلة ذلك ما جاء في «العتبيَّة»: «سئل مالكٌ عن العامل بيده يقول للرَّجل العامل مثله: أعِنّي خمسةَ أيَّام، وأُعينُك خمسةَ أيَّام. قال: **لا بأس بذلك؛ لأنَّ النَّاس يسألون عن مثل هذا كثيرًا**، يأتي الرَّجلُ إلى أخيه فيقول له أعنّي على حصاد زرعي وعمله أيَّاما، وأعينك مثل ذلك على حصاد زرعك ودراسه وعمله، فلا أرى بذلك بأسا تستعينه في أيام شغلك حتى يفرغ، ثمَّ تُعينه بعد فراغك في أيَّام شغل هذا الآخر أيضا، فلا أرى بهذا بأسا، والنَّاسُ يَتعاوَنون على الأعمال إذا كثُر عمل هذا أعانَه هذا، وإذا كثُر عملُ هذا أعانه هذا»[2].

فترى كيف أنَّ مالكًا كَشَفَ عن عموم الحاجة التي هي مَناطُ التَّخفيف والاستثناء بكثرة سُؤالِ النَّاس بعضهم بعضا عن ذلك؛ إذْ

(١) الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٢/ ٥٦٢-٥٦٣؛ وانظر: ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٣/ ٨٦٣-٨٦٤.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٨/ ٤٤٨.

كثرة السُّؤال مُنبئ عن حاجة النَّاس لهذا النوع من التَّعامل؛ فإذا تحقَّقت الحاجةُ نَظَرَ الفقيهُ في إمكان إخراج المسألة عن الاقتضاء الأصليِّ إذا كانت هذه المصلحةُ تَنْـزَوِي تحت المصالح الحاجيَّة العامَّة التي يَكون على أساسها الاستثناءُ والاستحسان.

قال محمَّد بنُ رشد مُبيِّنا وجهَ الحاجة إلى التَّخفيف في هذه المسألة: «وهذا كما قال إنَّه جائز لا بأس به؛ **لِمَا في ذلك من الرِّفق بالناس** للتَّعاون على أعمالهم، وقد يكون العمل ممَّا لا يقدر الواحدُ على عمله مُنفرِدا، **فلو مُنِعَ من هذا لأضرَّ ذلك بالنَّاس، وتعطَّلت عليهم أعمالهم**؛ إذ الكثير منهم لا يقدر على الاستئجار على عمله، وإنْ قدر مما استغرقته الإجارة؛ **فكانت هذه ضرورة تُبيحُ ذلك**. وإنَّما يجوز ذلك فيما قلَّ وقَرُبَ من الأيَّام وإن اختلفت الأعمال... وقد سئل سحنون عن الرَّجُل يقول للرَّجل: «احرُث لي اليومَ، وأَحرثُ لك غدًا»؛ قال: لا بأس بذلك. قيل له: فإنْ قال له: «أُحرُث لي في الصّيف، وأَحرثُ لك في الشّتاء؟» قال: لا خيرَ فيه. قيل له: فالمرأة تقول للمرأة «انسجي لي اليوم، وأنسُج لك غدًا»؛ قال: لا بأس به...»[(١)].

ثانيا: جريانُ العُرفِ يُعدّ كاشِفًا لعُموم الحاجة المقتضية للاستحسان:

ومن الكواشف التي يُطَّلعُ منها إلى مَدَى أثر الحاجة وعُمومها: العرفُ، فالغالبُ على الخلق أنَّهم إنَّما يتعارفون فيما بينهم في

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٨/ ٤٤٨.

مُعاملاتهم بما تقوم به مصلحتُهم، وتستقيم به منافعُهم؛ وعلى هذا فإنَّ العرف الجاري ببعض المعاملات ممَّا ينبغي أن يُلحَظ إليها بعين الاستحسان إنْ كانت مُزايلةً لبعض مُقتضيات الأدلَّة الأصليَّة العامَّة؛ شرطَ أنْ تكون هذه المصلحة العامَّة مما تندرج في بعض الأجناس المصحليَّة المأخوذة من استقراءات الشَّرع.

ومما يشبه هذا: أنَّ بعض المالكيَّة مَشَّوْا بعضَ مُعاملات النَّاس التي جَرَى بها عُرْفُهم وكانت باطلة على مذهب مالك إذا كان لها وجهٌ من أقوال العلماء ولو ضعيفًا؛ قال ابنُ عاشور: «**وقد يقع الإغضاءُ عن خلل يسير ترجيحا لمصلحة تقرير العقود**، كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها بعضُ المفوّتات المقرَّرة في الفقه. **وقد كان الأستاذ أبو سعيد بن لب مفتي حضرة غرناطةَ في القرن الثَّامن يُفتي بتقرير المعاملات التي جرى عرفُ الناس على وجه غير صحيح في مذهب مالك، إذا كان لها وجهٌ ولو ضعيفا من أقوال العلماء**»[(١)].

قال أبو سعيد بن لُبٍّ: «**ما جَرَى به عملُ النَّاس وتقادمَ في عُرفهم وعاداتهم، ينبغي أنْ يُلتَمَس له مخرجٌ شرعيّ ما أمكن على خلاف أو وِفاق**؛ إذْ لا يلزم ارتباطُ العمل بمذهب معيَّن، أو بمشهور قولِ قائل»[(٢)].

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٧٨.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٤٧١. وقد نَسَبَ الموَّاق للشاطبي ما يَقرُب من هذا: «قال الشيخ أبو إسحاق الشاطبي: الأولى عندي في كل نازلة فيها قولان، فيعمل الناس على مُوافقة أحدهما - وإن كان مرجوحا في النظر-: أن لا يُعرَض لهم، وأنْ يجروا على أنهم قلَّدوه في الزمان الأوَّل، وجرى به العمل؛ فإنهم إنْ =

والأستاذ أبو سعيد بن لُبّ مالكيٌّ أندلسيّ، والأصلُ عندهم في الأندلس أنَّهم لا يُفتون إلَّا بقول مالِكٍ ولا يقضون إلا به؛ فترْكُ قولِ مالك لمصلحة إقرار معاملات النَّاس التي جَرَى بها عُرفُهم يُشبه الاستحسان المصلحيَّ في المقتَضي الذي استُنِد عليه في العُدول، والكاشِفُ عن مدى الحاجة للمصلحة عُمومُ المعاملة. لكن يَختَلِف الاستحسانُ عن ذلك في كون الاستحسان فيه ترك للدليل العام في بعض مُقتَضياته، أمَّا هنا فهو تركٌ لقول المقلَّد، وربما كان دليلُه خاصًّا.

قال الحجويّ: «وكان العُلماء لا يُفتون في منع مسألة حتى **يَنظُروا إلى حاجة الناس إليها، أو عموم المعاملة بها، رخَّصوا وأباحوا وما ضيقوا...**»[(١)].

***

= حُملوا على غير ذلك كان في ذلك تشويشٌ للعامَّة وفتحٌ لأبواب الخصام. وربما يُخالفني في ذلك غيري! وذلك لا يصدني عن القول به؛ ولي فيه أسوة!». سنن المهتدين ٩٤-٩٥.

(١) الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٢/ ٥٦٢-٥٦٣.



المبحث الثّالث

الاستحسان في المذهب المالكي
الأدلة الناهضة بحجيته، والاعتراضات الواردة عليه، وعلاقته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب؛ وهي:

المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجية الاستحسان.

المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على الاحتجاج بالاستحسان.

المطلب الثالث: علاقة الاستحسان بالأصول الاجتهادية في المذهب المالكي.



المطلب الأول

الأدلة الناهضة بحجية الاستحسان

● تمهيد:

النَّاظِرُ في كتب الأصول يجد أنّ بعض مَن أخذ يستدلُّ على حجيَّة الاستحسان، كان مُورِدًا لأدلَّة لا تدُلُّ على الحجيَّة دلالة راجحة؛ بَلْهَ أنْ تكون الدَّلالة قاطعة، فكم من دليل سِيقَ ولا تعلُّق له بحجيّة الاستحسان. والحقُّ أنَّ عمدة المالكيَّة في الاحتجاج لهذا الأصل هو غير تلك الأدلَّة، وسأُورِدُ في هذا المقام بعضَ الأدلَّة غير الدَّالة دون أنْ أُوغِل فيها، ثمَّ أُقفِّي عليها بالأدلَّة المفيدة للحجيَّة القاطعة لهذا الأصل الاستدلاليّ؛ على أنَّه ممَّا يُلحَظُ أنَّ المخالفين من الأصوليين يَستروِحُون لنقل الأدلَّة التي لا تُفيد الحجيَّةَ، وقلَّ منهم مَنْ نَقَلَ الأدلَّة الحقيقيَّة للمسألة:

فمِن الأدلَّة التي لا تُفيد الحجيَّة:

استدلُّوا بقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ﴾ [الزمر: ١٨]. ووجهُ الدَّلالة من هذه الآية: أنَّ فيها مَدْحًا لِمَنْ يتَّبع أحسن ما أنـزل إلينا[١].

---

(١) الغزالي، المستصفى ١/ ٤١١، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٥١، الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥١، الآمدي، الإحكام ٤/ ١٦٥.

وأُجيبَ عن الآية بأنَّها تتضمَّنُ الأخذَ بالأحسن دون المستحسن، وهو ما جاء به الكتابُ والسُّنَّة لا غيرهما[١].

وممَّا استُدِلَّ[٢] به ما رُوِيَ مرفوعا: «ما رآه المسلمون حَسَنا، فهو عند الله حَسَنٌ»[٣]. ووجْهُ الاستدلال من الحديث: أن

(١) تحفة المسؤول ٤/ ٢٤١، الآمدي، الإحكام ٤/ ١٦٢، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٥.

(٢) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٢، الرهوني تحفة المسؤول ٤/ ٢٤١، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠، كشف النقاب ١٢٦، الغزالي، المستصفى ١/ ٤١١، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٥١-٤٥٢، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٤.

(٣) قال الزيلعي: «ولم أجِدْه إلَّا موقوفًا على ابن مَسْعُودٍ»، وقال ابنُ عبد الهادي: «رُوِيَ مرفوعًا عن أنس بإسنادٍ ساقط؛ والأصحُّ وَقفُه على ابن مسعود». (كشف الخفاء ٢٢١٤). أمَّا الرواية الموقوفة على ابن مسعود رضي الله عنه: فرواها أحمد في «مسنده» (٣٤١٨) -ومن طريق أحمد رواها الحاكم في «المستدرك» (٤٤٦٥)-، والبزَّار في «مُسنده» (١٨١٦)، والبيهقي في كتاب «المدخل» (نصب الراية)، عن أبي بكر بن عياش ثنا عاصم عن زِرّ بن حُبيش عن عبد الله بن مسعود. وقال الحاكم: «صحيح الإسناد، ولم يخرجاه».
ورواه أبو داود الطيالسي في «مسنده» (٢٤٦) -ومن طريق أبي داود رواه البيهقي في «كتاب الاعتقاد» (٣٢٢)-، والطبراني في «معجمه الكبير» (٨٥٨٣): من حديث المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود. والمسعودي تكلموا في روايته عن عاصم، إذ كان يَغلط فيها.
ورواه البيهقي أيضا في «المدخل» (كما نصب الراية)، من طريق عمَّار بن رزيق عن الأعمش عن مالِك بن الحارث عن عبد الرحمن بن يزيد، قال: قال عبد الله، به.
ورواه الطبراني في المعجم الأوسط (٣٦٠٢): من طريق عبد السَّلام بن حرب عن الأعمش عن شَقيقٍ أبي وائل عن عبد الله بن مسعود.
وكما يَظهَرُ، فقد اختُلف في سند هذا الحديث على عاصم، وعلى الأعمش، وراجِع للمَزيد: علل الدَّارقطني رقم ٧١١. وقد رَجَّح البيهقي في «المدخل» فيما =

استحسان هذه الأمة المتمثل في علمائها هو عند الله حسن.

وأُجيبَ عن هذا الحديث بأنَّ أهلَ الحديث لا يُثبِتونَه، فالصحيح فيه أنَّه موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه[(١)].

وعلى التسليم بصحَّته يُقال: إنَّ الحديث إنَّما يَدُلُّ على حُجيَّة الإجماع، لا على ما استدللتُم به[(٢)].

الأدلة الدالة على الحجية:

أمَّا الأدِلَّةُ القويَّةُ التي اعتَمَدَها المالكية للاحتجاج بأصل الاستحسان فهي راجعة إلى الأدلَّة الآتية:

الدَّليل الأوَّل: الإجماع:

استدلَّ المالكيَّة على حُجيَّة هذا الأصل بالإجماع، وكان لهم في تقريره طريقان:

الأوَّل: مَسائلُ أُثرَت عن الصَّحابة رضي الله عنهم أجمعوا فيها، وكان مستندهم في ذلك الاستحسان، فكان ذلك دليلا ضمنيّا على كون الاستحسان من أصول الأدلَّة.

الثَّاني: مَسائلُ كثيرةٌ لم يَقَعْ فيها الإجماع على آحادِها، وكان مُستند مَنْ قال بها الاستحسان؛ فلم يُنكر أحَدٌ من الصَّحابة رضي

= اختُلِفَ فيه على عاصم، روايةَ أبي بكر بن عياش (نصب الراية). كما أنَّ عاصما يُختلف عليه في رواياته بين زِرّ وأبي وائل، قال العجلي: «كان يختلف عليه في زِرٍّ وأبي وائل».

(١) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٢، الآمدي، الإحكام ٤/ ١٦٦.

(٢) تحفة المسؤول ٤/ ٢٤١، الآمدي، الإحكام ٤/ ١٦٢، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٥.

الله عنهم على مَن اعتمد منهم عليه؛ فكان إجماعًا سكوتيّا على تقرير هذا الأصل.

الإجماع على مسائلَ مُدرَكُها الاستحسان:

ممَّا أجمعوا عليه جوازُ دخول الحمَّام من غير تقدير مُدَّة اللَّبث ولا تقدير الماء المستعمل. والأصلُ في هذا المنعُ، لجهالة المدَّة وجهالة قَدْر العوض الذي هو الماء؛ إلَّا أنَّهم أجازوا ذلك استحسانا استنادا إلى قاعدة المعروف والمسامحة(١).

وأجابَ بعضُ الشَّافعيَّة عن هذا الدَّليل بأنَّ المصير في هذه المسائل إنَّما كان الإجماع لا الاستحسان(٢).

وهذا الجواب ضعيف؛ إذ الإجماعُ لا بُدَّ له من مُستنَدٍ يرجع إليه، ولمَّا نُظِرَ في هذه المسألة وما جَرَى في مِضْمارها، وُجِدَ مُستندها الاستحسان، فكان إجماعُهم على أمْرَيْن: إجماعٌ على الحُكْم الجزئيِّ، وإجماعٌ على المستنَد، وهو الاستِحْسان؛ وعليه فإنَّ الدَّليل يَسلَمُ من المعارَضة.

الإجماعُ السُّكوتيُّ على مُدرك الاستحسان:

عمل الصحابة وفتياهم على مقتضى الاستحسان:

من أهمِّ ما اعتمده القائلون بالاستحسان من أدلّة: أنَّ الصَّحابة رضي الله عنهم وهم أعلمُ هذه الأمَّة وأفهمُها لدين الله وأفقهُها فيه، قد جَرَوْا على أصل الاستحسان في مسائلَ كثيرةٍ. ونعم، لم

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١٤٣-١٤٤.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٥.

يُصرِّحوا بهذا الاصطلاح؛ وإنَّما مضمون اجتهاداتهم ومُدركهم فيها هو الاستحسان الاصطلاحيّ لا يَحيدُ عنه ولا يُجاوِزُه؛ والعبرةُ بالمضامين والمعاني لا بالألفاظ والصِّيَغ.

قال أبو العباس القَبَّاب المالكيّ بعد ذكره لإنكار كثير من الأئمَّة الاستحسانَ: «ولقد كنتُ أقولُ بمثل مَقال هؤلاء الأعلام في طَرْح الاستحسان وما بُنِيَ عليه، لَوْلا أنَّه اعتَضَدَ وتقوَّى بوِجدانه كثيرًا في فتاوى الخلفاء وأعلام الصحابة رضي الله عنهم بمحضر جمهورهم مع عدم النكير، فتقوَّى ذلك عندي غايةً، وسَكَنتْ إليه النَّفسُ، وانشَرَحَ إليه الصَّدْرُ، ووَثِقَ به القلبُ؛ للأمر باتِّباعهم والاقتداء بهم رضي الله عنهم»(١).

وإذا ثبت ذلك عن الصَّحابة رضي الله عنهم، كان من أجلى ما يَحتجّ به القائلون بالاستحسان؛ إذْ عدمُ نكير الصَّحابة على من سَلَكَ سبيل الاستحسان دليلٌ على الإقرار؛ فكان بذلك إجماعا سكوتيّا. كما أنَّ كثرة المسائل الآخذة هذا السبيل، يدلُّ على قَدْر مشتَرَك فيها، وكون الاستحسان حُجَّة عندهم رضي الله عنهم.

ومن هذه المسائل المأثورة عن الصَّحابة رضي الله عنهم التي أوْرَدَها أبو العباس القَبَّاب:

المثال الأوَّل:

المرأةُ يَتزوَّجُها رجلان، ولا يَعلَم الآخِرُ بتقدُّم نكاح غيره عليه إلَّا بعد البناء، فأفاتَها على الأوَّل بذلك: عُمَرُ ومُعاويةُ والحسنُ

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٨٠.

رضي الله عنهم، ونُسِبَ مثلُه أيضا لعلي رضي الله عنه.

وهذا جارٍ على غير القياس؛ إذ الأصلُ أنَّ العقد إذا ثَبَتَ صحيحًا لم يَصحَّ أيُّ عَقْدٍ على المرأة التي قد عُقِدَ عليها، لأنَّها صارَتْ زَوْجًا للعاقد الأوَّل، فلم يُصادف العَقْدُ الثَّاني مَحلّاً؛ والقياسُ يَقضي أنْ لا فَرْقَ بين ما قبلَ الدُّخول وما بعد الدخول[1].

إلَّا أنَّ الصَّحابة رضي الله عنهم فرَّقوا بين الحالتين؛ فاستثنوا حالةَ ما بعد الدُّخول من الأصل، فجَعَلوا المرأةَ المدخولَ بها من قِبَل الزَّوج الثَّاني مُفِيتًا لها على العاقد الأوَّل. والدَّليلُ الذي اقتضى هذا العُدولَ: هو النَّظرُ المصلحيُّ الذي يَقْضي أنَّ في الفسخ ضَرَرًا بالغا بالمرأة؛ فكان لازِمًا أنْ يُستثنى من الأصلُ اعتِبارًا بما نَشَأ حالَ تطبيق الاقتضاء الأصليِّ من فَسادٍ وضَرَرٍ؛ وهذا عينُ الاستحسان.

المثال الثاني:

«ومثلُ ذلك ما قاله العلماء في مسألة امرأة المفقود: أنَّه إنْ قدِمَ المفقودُ قَبْلَ نِكاحها، فهو أحقُّ بها. وإنْ كان بعد نكاحها والدُّخول بها، فاتَتْ. وإنْ كان بعد العقد وقبل البناء، فقولان. فإنَّه يُقال: الحكمُ لها بالعِدَّة من الأوَّل إنْ كان قَطْعًا لعصمته، فلا حقَّ له فيها ولو قَدِم قبلَ تزوُّجها؛ أو ليس بقاطع للعصمة، فكيف تُباحُ لغيره في عصمة المفقود؟!»[2].

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٨٠-٨٢.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٨٢-٨٣.

وهذه المسألة تَجْري على المُدْرَك نفسه للمسألة الفارِطة؛ إذ التَّفريقُ بين ما قَبْلَ الدُّخول وما بعد الدُّخول كان مُفارَقةً لطَرْد الأصل، واستثناءً منه بما أوْجَبه النَّظرُ المصلحيُّ المعتبَر شَرْعًا مِنْ تلافي الضَّرَر والفساد اللَّاحق في فَسْخ نِكاح من دُخِلَ بها.

وقال القبَّاب بعد ذكره لنماذج من اجتهادات الصحابة رضي الله عنهم مؤسّسة على النَّظر الاستحسانيّ-: «ومثلُه في قَضايا الصَّحابة كثيرٌ»[(١)].

الدَّليلُ الثَّاني: الاستحسانُ راجعٌ إلى أدلَّة الشَّرع:

وممَّا يُحتجُّ به في هذا المقام: أنَّ الاستحسان ما هو إلّا رجوعٌ إلى أدلَّة الشرع وترجيحُها على أدلّة أخرى؛ فمن الاستحسان عند مالك ترجيحُ الاستدلال المرسَل على الدَّليل العامِّ أو القياس العامِّ أو القاعدة العامّة في بعض الأفراد الجزئيّة؛ فحقيقةُ الاستحسان على هذا هو استمساكٌ بالاستدلال المرسل الذي قَوِيَ على الأدلّة المقابلة له؛ والاستدلالُ المرسَلُ يرجع إلى أدلَّة الشَّرع -كما تقدَّم تناولُه في محلِّه-؛ إذْ هو مأخوذٌ من استقراء فُروع الشَّريعة وتصرُّفاتها بحيث أفادَت أصولا شرعيَّة كليّةً قام على أساسها أصلُ الاستدلال المرسل، ومنه الاستحسانُ المؤسَّس عليه.

قال الإمامُ الشَّاطبيُّ: «كلُّ أصل شرعيّ لم يَشهَد له نصٌّ مُعيَّنٌ، وكان ملائمًا لتصرُّفات الشّرع ومأخوذا معناه من أدلته-: فهو صحيحٌ يُبنى عليه، ويُرجَع إليه إذا كان ذلك الأصلُ قد صار

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٨٤.

بمجموع أدلَّته مقطوعا به؛ لأنَّ الأدلَّة لا يَلزَمُ أن تدُلَّ على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها. . . ويدخُل تحت هذا ضَرْبُ الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالكٌ والشافعيُّ؛ فإنَّه وإنْ لم يَشهَد للفرع أصلٌ مُعيَّن فقد شهد له أصلٌ كليٌّ. . . وكذلك **أصل الاستحسان على رَأي مالِكٍ يَنبَني على هذا الأصل**؛ لأنَّ معناه يَرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[١].

ومن المقرَّر في الأصول أنَّ الأدلَّة يُخصِّصُ بعضُها بعضًا، ويُقيِّد بعضُها بعضا؛ فكذلك القولُ في الاستحسان، فهو تَخْصيصٌ لبعض الأدلّة العامَّة بالاستدلال المرسل الرّاجع إلى بعض الأصول الكليّة المقاصدية المأخوذة بالاستقراء من تفاريق الشريعة؛ قال الشاطبي بعد بيانه لمضمون الاستحسان عند مالك وأبي حنيفة-: «وإذا كان هذا معناه عن مالكٍ وأبي حنيفة، **فليس بخارج عن الأدلة البتة؛ لأنَّ الأدلة يُقيِّد بعضها بعضًا ويُخصِّص بعضها بعضا**؛ كما في الأدلة السنية مع القرآنية»[٢].

الدَّليل الثَّالث: اتباعُ منهج الشَّرع في التَّشريع في البناء على وَفق منهاج الاستحسان:

أقْوَى ما اعتَمَده المالكيَّةُ في الاحتجاج للاستحسان، واعتماده أصلاً شرعيّا قطعيّا-: أنَّ الشَّارعَ الحكيمَ في أحكامه وتصرُّفاتِه كان سالِكًا منهجَ الاستحسان وآخِذًا في طريقه.

(١) الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٩-٤٠.
(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٥-٦٦.

وفي هذا يَقول الشَّاطبيُّ: «فإنَّ مَن استحسن لم يَرجع إلى مجرَّد ذَوْقه وتشهِّيه؛ وإنَّما رَجَع إلى ما عُلِمَ من قَصْد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة، **كالمسائل التي يَقتَضي القياسُ فيها أمرًا إلَّا أنَّ ذلك الأمرَ يُؤدِّي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك... وله في الشَّرع أمثلة كثيرة**»(١).

فالاستِقْراءُ دلَّ على أنَّ كثيرًا من الأحكام كان يَجِبُ أنْ تُمنَع بَقاءً على أصل الدَّليل العامِّ المانع؛ إلَّا أنَّ الشَّارعَ استثنى الصُّوَرَ والمسائل لما يَؤُولُ إليه تطبيقُ الدَّليل العامِّ على تلك الصّوَر والمسائل من فوات مصلحة راجحة أو حصول مفسدة غالبة؛ لأنَّ الدَّليل العامّ ما وَضَعه الشَّارعُ إلا ليكون مُحصِّلا للمصلحة الشَّرعيَّة، فلمَّا تَقاعَد عن ذلك لَزِمَ -بما تقرَّر من مَعْقوليَّة التَّشريع- أنْ لا تَجْري تلك المسائل على الأصل العامِّ، وأنْ يُنظَر في الدَّليل المقابل الذي نَشأَ حالَ تنـزيل النَّصِّ وتطبيقِه.

قال الشَّاطبيُّ عَقِبَ إيراده لفُروعٍ في الشَّرع جَرَتْ على النَّسق الاستحسانيِّ: «... فإنَّ حقيقتها تَرجِع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيثُ كان الدليلُ العامُّ يَقتَضى منعَ ذلك؛ لأنّا لو بَقينا مع أصل الدليل العامِّ لأدَّى إلى رَفع ما اقتضاه ذلك الدَّليلُ من المصلحة؛ فكان من الواجب رَعْيُ ذلك المآل إلى أقْصاه»(٢).

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٦-٢٠٧.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧.

أمثلة ذلك في الشرع:

كالقرض مثلا؛ فإنَّه ربا في الأصل لأنَّه الدرهم بالدّرهم إلى أجل، فهو من ربا النَّسيئة؛ ولكنَّه أُبيح لما فيه من **المرفقة والتَّوسعة على المحتاجين**، بحيث لو بقينا على أصل المنع لكان في ذلك **ضِيقٌ على المكلَّفين**، ولامتنع **أصلُ الرِّفق** من هذا الوجه[١].

ومثلُه **بيعُ العريّة** بخرصها تَمرًا، فإنَّه بَيعُ الرُّطب باليابس، وهو ممنوع بالسنة الثَّابتة[٢]؛ لكنَّه أُبيح لِمَا فيه من **الرِّفق ورفع الحرج** بالنسبة إلى المُعْري والمُعرَى[٣].

ومثلُه: القِراضُ[٤]، والمساقاة[٥]، والجعل[٦] فإنَّ الدليل العامّ يَقتَضي المنع منها، إلَّا أنَّ الشَّرْع أجازهما استنادًا للمصلحة الرَّاجحة[٧]؛ قال ابنُ العربي مُبينا وجهَ استحسان الشَّرع استثناء عقد المساقاة من أصل النَّهي عن الإجارة المجهولة: «**المساقاةُ مرفق الشَّريعة، ورخصةٌ من الله مستثناة من الإجارة المجهولة**

---

(١) القرافي، الذخيرة ٥/ ٢٣١، ٢٥٥، ٢٨٩-٢٩٠، ٤٣٧، الباجي، المنتقى ٤/ ٢٨٠، الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧. وحديث العرايا سبق تخريجه.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧، ابن رشد، المقدمات الممهدات ٢/ ١٦٥، الباجي، المنتقى ٤/ ٢٢٦،

(٤) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٣٥٦، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ١٢٢، عليش، منح الجليل ٧/ ٣١٩-٣٢٠.

(٥) عليش، منح الجليل ٧/ ٣٨٤، ابن العربي، القبس ٣/ ٣٤٢ (دار الكتب العلمية).

(٦) الدسوقي، حاشيته على شرح الخرشي ٤/ ٦٠، عليش، منح الجليل ٨/ ٥٩.

(٧) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧، ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٤٤٤-٤٤٥ .

الأجرة للحاجَة، كما أنَّ الجعل مُستثنى من الإجارة المجهولة العمل للحاجة»[١].

وقد جازَ في الشَّرع بَيْعُ الجزاف فيما شقَّ فيه الكيلُ أو الوَزْنُ أو العدُّ؛ قال ابنُ رُشْدٍ الجدُّ: «... بيع الجزاف فيما يتأتّى فيه الوزن أو الكيل غَرَرٌ؛ إلَّا أنَّ **السّنّةَ قد جَوَّزته لمشقَّة مَؤونة الكَيْل أو العدِّ** فيما في عدِّه مَؤونةٌ...»[٢]، وقال: «.. بيعُ الجزاف الأصلُ فيه أنْ يُباعَ كيلا أو وزنا؛ **رُخصةً وتوسعةً أجازته السّنّةُ**...»[٣].

وقال الشَّاطبيُّ بعد سَوْقه لأمثلة من الشَّرْع جارية على المنطق الاستحسانيّ-: «وأشياء من هذا القبيل كثيرة»[٤].

وفي نهاية تقرير هذا التَّدليل على أصل الاستحسان، قال الشاطبيُّ مُنبِّها على أنَّ هذا هو أساسُ مُدرَك مالك في القول بأصل الاستحسان-: «هذا نَمَطٌ من الأدلَّة الدَّالَّة على صِحَّة القول بهذه القاعدة؛ وعليها بَنَى مالكٌ وأصحابُه»[٥].

ومن فَهِمَ الشَّرْعَ حَقَّ فَهْمِه، وخَبَرَ شِعابَه ومَسالكَه في التَّشريع، قال بالاستحسان ضَرورةً؛ لأنَّ الشَّرع نفسَه لاحَظَ في تشريعه مَنْهَجَ الاستحسان؛ وهذا ما دَعَا الإمام ابنَ العربيِّ أنْ يقول: «ولم يَفْهَم

(١) ابن العربي، القبس ٣/ ٣٢٤.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ٢٦٣.

(٣) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/ ٢٧٤، وانظر في نفس المعنى ٧/ ٤٦٣.

(٤) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧.

(٥) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٧.

الشريعةَ مَنْ لَمْ يَحْكُم بالمصلحة ولا رأى تخصيص العلَّة»[١]، والذي يُريدُه بتخصيص العلَّة هو الاستحسانُ، كما تَقدَّم.

تأصيل مُدرك الاستحسان على أساس القياس على الرخص:

ومن المالكيَّة مَن يُعبِّرُ عن أصل الاستحسان بأنَّه قياسٌ على الرُّخص، فمالكٌ وأصحابه جعلوا الأحكام الواردة في الشَّرع على خلاف الأصل أصولاً يَقيسون عليها إذا تحقَّق مَناطُ العُدول في الفرع المجتهد فيه؛ قال المقَّريّ: «قاعدة: **التوسعة العامَّةُ عند مالِكٍ توجِبُ الاستثناءَ من الأصول؛ قياسًا على ما وَرَدت به النصوص...**»[٢]؛ فالقياسُ على الرخص العامَّة ممَّا جعله مالِكٌ أصلا للاستحسان ودليلا عليه.

وقد نبَّه على أنَّ الاستحسان من حقيقته القياسُ على الرخص العامّة المستثناة للمصلحة والحاجة: القاضي ابنُ العربيّ في توجيهه لمسألة بُنيت على الاستحسان، وهي بيعة أهل المدينة المتقدّمة الذِّكر؛ قال ابنُ العربيِّ: «... فلما اشتَرَكَا في الحاجة رخّص لهما في هذه المعاملة؛ **قياسا على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح**»[٣]، فرَجَعَ ابنُ العربيّ مُدرَكَ المسألة إلى القياس على العرايا المستثناة من أصل المنع بجامع علَّة الحاجة المقتضية للعدول عن الأصل.

(١) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) القواعد، المقري رقم ٨٨٤، وانظر: رقم ٨٧٩، ٨٩٣.

(٣) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٢٤-٨٢٥.

وكذلك في مسألة شفعة الثمار، فإنه تُرِكَ القياس الجليُّ فيها، وهو إلحاقها بالعروض التي لا شفعة فيها، واستُحسن بأنْ جُعلت الشفعة فيها، لَحْظًا للضرر الحادث من المداخلة، إذ الثمار مما تُجْنى بطونا؛ فأشبه ذلك الرُّخصةَ الواردة في الشَّرْع في العرايا، إذِ اقتُطعت من أصل المنع من المزابنة للضرر الحادث بالمداخلة.

قال ابنُ العربيّ: «... النبيّ ﷺ **أرْخَصَ في بيع العَرايَا**[1]، **واستثناها من الرِّبا لضَرَر المداخلة**، وكذلك ضَرَر المداخلة في الثمرة مثله عند القضاء بالشّفعة»[2].

وبيعُ العَرايا من الأمثلة الاستحسانية التي وَرَد الشَّرْعُ بها، بانِيًا أحكامه على منهج الاستحسان القائم على الاستثناء من القواعد، تلافيا لضَرَر مُعتبر، أو تحصيلا لصَلاحٍ مقصود. وقد مَثَّل ابن خُويزمنداد بالعَرايا في سِياق بَسْطِه أصلَ الاستحسان؛ قال: «كما تقول إنَّ القياس أنَّ بيع العَرايا باطلٌ، ولكنْ جاز ذلك للسنَّة»[3].

وإنَّ للقياس على الرُّخص العامَّة لموقعا عظيما في الاجتهاد المتعلِّق بعُموم الأمَّة، فكما أنَّ الفَرْدَ تَعرِضُ له مشاقّ وحاجاتٌ وضرورات توجِبُ من المجتهد أن يُفتيه بالرُّخصة الشَّرعيَّة، فكذلك حالُ الأمَّة ممَّا يجب أنْ يُنظَر إليها نظرًا كلّيا جُمليًا، بحيث تُتلمَّسُ

---

(١) سَلَف تخريجه.

(٢) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٥٥-٨٥٦. وانظر مسألة الشفعة في الثمار عند: الباجي، المنتقى ٦/ ٢٠١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٦/ ١٦٨، الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٤٨٠.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠، كشف النقاب ١٢٦.

المشاقُّ التي تَحيق بها ويُتلمَّح الحرجُ الذي يَعتَريها، ويكون على أساس ذلك التَّرخيصُ إذا تحقَّق مناطُه؛ جَرْيًا على منهج الشَّارع في رُخَصِه العامَّة التي استثناها من أصل المنع[١].

الدَّليل الرَّابع: إذا جازَ التَّخصيصُ بالأدلَّة الظنيَّة كالقِياس، فأوْلى أنْ يجوز التَّخصيص بالقواعد الشَّرعية:

استدلَّ بعضُ المالكيَّة على حُجيَّة الاستحسان بدَليل أوْلويٍّ؛ مُحصِّلُه: أنّ مَنْ قال بجَواز التَّخصيص بالقياس، لَزمه القولُ بجواز الاستحسان؛ إذْ حقيقةُ الاستحسان هي تَخْصيصُ الدَّليل العامِّ بالاستِدْلال المرسل، والاستدلالُ المرسلُ يَستنِدُ إلى قواعِد الشَّرع القطعيَّةِ أو القريبة من القطع. فالاستحسانُ هو تخصيصُ الدّليل العامِّ بالقواعد الشَّرعية العامَّة، كقاعدة الضّرر والفساد، وقاعدة رفع الحرج، وقاعدة المعروف، وقاعدة التَّوسعة العامّة وغيرها؛ وهذه القواعدُ قواعِدُ قطعيّة في الشّرع أو قريبة من القطع؛ فلئنْ جاز التَّخصيصُ بالقياس الذي يَعتَوِرُه الظّنُّ من جِهاتٍ ويَتخالجُه الاحتمالُ، فأوْلى وأحْرى أنْ يَجوز التَّخصيص بالقواعد الشَّرعيَّة.

ولله درُّ ابنِ العربي حيثُ قال: «العمومُ يَتخصَّص بالقياس، فكيف بالقواعد المؤسِّسة العامَّة؟!»[٢].

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٠٦.

(٢) ابن العربي، القبس ٢/ ٨٢٠.

المطلب الثَّاني

الاعتِراضاتُ الواردةُ على الاحتِجاج بالاستحسان

قد توَّجه لأصل الاستحسان بعضُ الاعتراضات من المنكرين لحجيَّته، ومن المعترضين على جعله أصلا مُستقلًّا؛ من ذلك:

الاعتراض الأوَّل: الاعتراض على هذه التسمية ما دام الاستحسان راجعا إلى أدلة الشرع:

من الاعتراضات التي وجّهها المخالفون للمالكيَّة: أنَّ تفسيركم للاستحسان بما فسرتم به، يُخرِجُه عن أنْ يكون دليلا مُستقِلًّا؛ فهو على قولكم راجع إلى الأدلَّة المعتبرة عندكم[1].

قال ابنُ خويز منداد مُجيبًا عن هذا الاعتراض بعد نَقْله له: «هذا اعتراضٌ علينا في التَّسمية، ولكلِّ أهل صَنعة أنْ يَتواضَعوا بينهم تسميةً يَصطلِحون عليها، وإنْ لم يَعرفها العربُ، كأسماء الأصوات، وتسمية أهل الفرائض والنَّحو والفقه والحساب أسماء لا تَعرفها العربُ؛ إلَّا أنَّ تلك الأسماء وَضَعوها ليتعارفوا فيما بينهم أشياء؛ فلا معنى لمنعنا من التسمية، وقد كشفنا عن معناها»[2].

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠، كشف النقاب ١٢٧.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠، كشف النقاب ١٢٧.

الاعتراض الثَّاني: النَّهي عن اتّباع الهوى والقول بلا علم:

ومن أبرز ما اعتَرض به المخالفون في الاستحسان: أنَّ القول به قولٌ بما لا دليلَ عليه، فهو رجوعٌ إلى مُجرَّد الهوى والتَّشهّي من غير ما مُستنَدٍ شرعيٍّ يرجع إليه؛ وقد نهى الله تعالى عن أنْ نقول في دينه بالهوى، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ﴾ [ص: ٢٦][(١)].

وهذا من أوْهى ما يكون من الاعتراضات؛ لأنَّ فيه رَمْيًا لأئمَّة الإسلام الذين أجمعت الأمَّةُ على الاقتِداء بهم بتنكُّبهم عن أدلَّة الشَّرْع بالبَداء والتشهِّي؛ وحاشاهم من ذلك. قال ابنُ خويز منداد موهيا هذا الاعتراض: «وهذا القائلُ ظَنَّ الاستحسانَ هو شهواتِ النّفوس، أو ما استحسنَّاه بغير دليل. وليس الأمرُ كذلك، بل معناه ما قدَّمناه؛ ولو سَألَنا واستكشف عن معنى قولنا لاستغنى عن تَسْويد كُتبه!... ومعنى الاستحسان ما حسُنَ في الشَّريعة، ولم يُنافها»[(٢)].

ولم يَنفَرد الإمام الشَّافعيُّ بتحريم الاستحسان من غير حُجَّة ولا دليل؛ بل هذا من المتَّفق عليه بين أئمَّة الإسلام، ولقد وَردت عن أئمَّة المالكيَّة نُصوصٌ تحرّم هذا المسلك المُرْدي:

قال ابنُ القاسم فيما يُنظر فيه من أحكام القُضاة: «...تارك للاستشارة لأهل العلم **يَحكم باستحسانه، ويَقْطَع الأحكام برأيه**؛ فهذا الذي يتصفَّح أحكامه...»[(٣)]، فقضى ابن القاسم أنَّ القاضي

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠-٦١، كشف النقاب ١٢٦.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦١، كشف النقاب ١٢٦.

(٣) العتبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل) ٩/ ٢٥٥.

الذي يَرجع إلى مجرَّد استحسانه الذي لا سَنَدَ له ولا مأخذَ، فإنَّ أحكامه تُتصفّح وتُراجع ويُنقَضُ منها ما كان على خِلاف الشَّرع.

وفي هذا يقول الشاطبي: «فإنَّ مَن استحسن لم يرجع إلى مجرَّد ذوقه وتشهّيه؛ وإنَّما رجع إلى ما علم من قصد الشَّارع في الجملة»[١].

وذكر القَرافي في شرح «المحصول» أنَّ ما رُوِيَ عن الشَّافعي أنه قال «مَن استحسن فقد شرع»، إنَّما هو في مثل هذا؛ وهو الحقُّ، وإلا فجميع ما تقدَّم في حقيقة الاستحسان الاصطلاحيّ راجعٌ إلى التَّمسك بالدليل[٢].

وقال ابنُ العربي: «قوله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [آل عمران: ٧٥] هذه الآيةُ ردٌّ على الكفرة الذين يُحلّون ويُحرِّمون من غير تحليل الله وتحريمه، ويجعلون ذلك من الشرع. ومن هذا يَخرج الرَّدُّ على مَنْ يَحكُم بالاستحسان من غير دَليلٍ؛ ولستُ أعلمُ أحدًا من أهل القبلة قالَه!»[٣].

وقال ابنُ العربيّ: «. . . أنكَر جمهورٌ من الناس على أبي حنيفة القولَ بالاستحسان. . . فقالوا: إنه يُحرِّم ويُحلِّل بالهوى من غير دليل. وما كان ليفعل ذلك أحَدٌ من أتباع المسلمين، فكيف أبو حنيفة؟!!»[٤].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠٦-٢٠٧.

(٢) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٢.

(٣) ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٣٦٣، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٤/ ١١٤.

(٤) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٨.

فإذا عُلِمَ هذا، فإنَّ الأدلَّة التي أوْرَدها بعضُ المحتجِّين لبُطلان الاستحسان، لم تُلاق محلّا؛ فممَّا احتجوا به على بُطْلان الاستحسان: قوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ إلى ﴿ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾ [النساء: ٥٩] فجعل الأحسن ما كان ردّا إلى الكتاب والسّنة. وقوله: ﴿وَمَا ٱخۡتَلَفۡتُمۡ فِيهِ مِن شَيۡءٖ فَحُكۡمُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۚ﴾ [الشورى: ١٠] ولم يقُل: إلى الاستحسان[١].

فهذه أدلَّةٌ تُنبِئُ عن أنَّ الاستحسان الذي ظنّوا أنَّ الحنفيَّة والمالكيَّة قائلون به، هو استحسانٌ من غير دليل. وهذا باطلٌ كما تقدّم. وإذْ بَطَل ذلك، بَطَل معه أنْ تكون هذه الآياتُ الكريمةُ دافعةً لحجيَّة الاستحسان.

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٠٤.

المطلب الثالث

علاقة الاستحسان بالأصول الاجتهادية في المذهب المالكي

يَربِطُ بين الاستحسان وبين بعضِ أُصول المالكيَّة صِلاتٌ وثيقةٌ، وبينها كذلك وبينه فُروقٌ تفصلُه في حقيقته عنها بحيث عُدّ أصلا مُستقلّا؛ وسأبحثُ في هذا الموضِعِ علاقةَ الاستحسان بالمصالح المرسلة، وعلاقته بالقياس. أمَّا علاقة الاستحسان بمراعاة الخلاف وبسدّ الذَّرائع، فسيأتي بحثه في الدّراسة المخصّصة لكلٍّ من هذين الأصلين.

الفرع الأوَّل

علاقة الاستحسان بالقياس

مِن أَجْلى ما يَظهَر في العَلاقة التي تحكُم أصلَ الاستِحسان وأصل القياس-: أنَّ الاستحسان في كثير من مَعانيه هو استثناءٌ وتخصيصٌ للقياس في بعض المحالّ التي دلَّ عليها القياسُ بتناول العلَّة المتعدّية لها؛ فيُستند إلى الدَّليل المستحسَن به لإخراج تلك المحالّ عن مُقتَضى طَرْد القياس. وعليه، فإنَّ الاستحسان على هذا المعنى في مُقابلة القياس، وفي الموازاة له. وأكثرُ تَعْبيرات الفقهاء عن الاستحسان تكون بقولهم: «القياسُ يَقتَضي كذا، ولكن

الاستحسان يَدلُّ على خلافه»، أو قولهم: «وهذا استحسانٌ على غير قياس».

والنوعُ الثاني من استِحسان المالكية الراجع إلى تقديم بعض الأقيسة على بعض حال التعارُض، هو في الحقيقة ألصَقُ بباب القِياس، إذ الأقيسة تتعارَض فيُقدَّم أقْواها. على أنَّ اعتبار المعاني المصلحية ملحوظ في الترجيح؛ كما تقدَّم.

وبين الأصلَيْن علاقةٌ من جِهة أُخْرى؛ وهي أنَّ أساسَ الاستحسان -كما مرَّ- قائمٌ عند كثيرٍ من المالكيَّة على أصل القياس على الرُّخَص الثَّابتة في الشَّرْع؛ وعليه فإنَّ الاستحسان ممَّا يَدْخُل في مَفْهوم القياس العامِّ من هذه الجهة.

الفرع الثَّاني

علاقة الاستحسان بالمصلحة المرسلة

الاستحسانُ المصلحيُّ عند المالكيَّة من ألصق الأصول بالمصالح المرسلة، بل إنَّ المصالح المرسلة تُعدُّ رُكنا تكوينيًّا رئيسًا في بنيته وحقيقته، فالاستحسانُ المصلحيُّ كما تقدَّم جلاؤه هو: رُجوعٌ إلى المصلحة المرسلة في مُقابِل دَليلٍ مُعارض من قياس أو عُموم لفظيٍّ، فتُقدَّمُ المصلحةُ المرسلةُ على الدَّليل المعارض، فيكون استِحْسانًا مصلحيا. أمَّا المصالح المرسلةُ فلا يُشترط فيها وُجودُ مُعارِض من الأدلَّة، بل إنَّها تُفرَضُ كذلك مع الخلوِّ عن المعارض؛ ومنه فإنَّ المصالح المرسلة أعمُّ من الاستحسان المصلحيِّ عُمومًا مُطلقًا، فكلُّ استحسان مصلحي هو مصلحة مرسلة، وليسَ كلُّ مصلحة مرسلة استحسانا مصلحيا؛ لأنَّه قد ينتفي الدَّليلُ المعارض.

وفي هذا يَقول القَرافيُّ بعد إيراده سُؤالاً في وَجْه التفرقة بين المُدْرَكين: «الاستحسانُ أخصُّ؛ لأنَّا نَشتَرط فيه أنْ يكون له مُعارضٌ مَرجوحٌ، ويرجّح الاستحسان عليه، وكذلك قلنا فيه هو تركُ وَجْهٍ من وُجوه الاجتهاد لوَجْهٍ أقوى منه.

والمصلحةُ المرسلة لا يُشترَط فيها مُعارِضٌ، بل قد يقع تسليمُه

عن المعارض؛ لأنَّ المعارض هاهنا يُريد به الخاصّ بذلك الباب، وهو مُتعيّن في الاستحسان دون المصلحة المرسلة»(١).

وتَبِعَ الشَّاطبيُّ القَرافيَّ في ذلك، فقال في كتاب «الاعتصام» بعد تحريره لمعنى الاستحسان: «فإنْ قيل: هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان. قلنا: نعم، إلَّا أنَّهم صوَّروا الاستحسانَ تصويرَ الاستثناء من القواعد، بِخِلاف المصالح المرسلة»(٢).

فتضمين الصّنّاع مثلا هو من قَبيل المصلحة المرسلة، ومن قَبيل الاستحسان:

أمَّا كونُه مِنْ قَبيل المصلحة المرسلة، فوَجْهُه: أنَّ المصلحة في تَضْمين الصُّناع أنَّ النَّاس لا استِغْناء لهم عن الصّناع وبهم إليهم حاجةٌ ماسّة، وهم يَغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلبُ عليهم التَّفريط وتركُ الحفظ، فلو لم يُحكم بتضمينهم مع الحاجة الملحّة إليهم لأدّى ذلك إلى أحد أمرين:

إمَّا ترك الاستصناع جملة؛ وهذا ممَّا يشقُّ على الخلق ويُوقعهم في الحرج والعَنَت، والشَّرعُ قَصَدَ في أحكامه إلى رَفْع الحرج عنهم ودَفْع المشقَّة الواقعة أو المتوقَّعة بهم.

وإمَّا أنْ يَعْملوا ولا يضمنوا ذلك إن ادَّعوا الهلاكَ أو الضَّياع، فتضيع أموالُ النَّاس، ويكون ذلك سببا إلى تطريق الصُّناع على

(١) القرافي، نفائس الأصول ٩/ ٤٢٧٩.
(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٩.

الخيانة وعدم التَّحرز، لا سيما مع فساد الزَّمان وقلَّة الدِّيانة والأمانة. وعليه، كانت المصلحةُ أن يُضمَّنوا حِفْظًا للمصلحة العامَّة وتقديما لها على المصلحة الخاصة(١). فكان ذلك من قَبيل المصلحة المرسلة لمَّا نُظِرَ إلى المسألة من جهة تَحْصيل المصلحة الموجبة للتَّضمين.

وهذا المثال يَجْري كذلك على الاستحسان ويُخرَّج عليه، وذلك بالنَّظر في الدَّليل المقابل للمصلحة المرسلة التي تَقدَّم بيانُ وَجهِها؛ فالصّناعُ ابتداءً مُؤتَمنون بالدَّليل الشرعي، ولم يَكُن ذلك استنادًا إلى حكم البراءة الأصلية التي ترجع إلى الحكم العقليِّ، فلمَّا ضُمّنوا كان ذلك في حَيِّز المستثنى من ذلك الدَّليل الشَّرعي، فدَخلت بهذا الاعتبار والنَّظر تحت معنى الاستحسان(٢).

أمَّا عَلاقةُ المصلحة المرسلة بالاستِحْسان القياسيِّ، فالظَّاهِرُ أنَّ أكثر ما يُتْرَكُ له القياسُ الظاهِرُ إلى القياس الخفيِّ ذي الأصل البعيد-: هو النظَرُ إلى المصلحة كذلك. وهذا ما يُبيِّنُه كلامُ الإمام ابن خويز منداد، فقد جَعَل أساسَ العُدول عن القياس على الأصل القريب إلى الرَّدِّ إلى الأصل البعيد-: هو ما عَضَّدَ الأصلَ البعيدَ من معانٍ صيَّرت القياسَ الثاني أقْوَى في العبرة من القياس الظاهر. وذَكَر من تلك المعاني: المصلحة، ورفع الضرر، ودفع المفسدة، والعذر، والعرف. وكل هذه المعاني مما يشملها معنى المصلحة.

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٦٩.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ١٤١-١٤٢.

قال ابنُ خويز منداد في كتاب «الجامع لأصول الفقه»: **«ومعنى قولنا استحسان [عندنا]: هو القول بأقوى الدَّليلَين؛** وذلك أنْ تكون **الحادثةُ مُتردِّدةً بين أصلين،** وأحَدُ الأصلين أقْوى بها شَبَهًا وأقْرَبَ؛ والأصلُ الآخر أبعدَ، إلا مع **القِياس الظَّاهر،** أو **عرفٍ جار،** أو **ضَرْب من المصلحة،** أو **خوف مفسدة،** أو **ضَرْبٍ من الضَّرَر والعُذْر؛ فيُعدَل عن القياس على الأصل القَريب إلى القياس على ذلك الأصْل البَعيد...»**[1].

* * *

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٦٠، كشف النقاب ١٢٥-١٢٦.

المبحث الرابع

الشّواهد التّطبيقيّة للاستحسان في المذهب المالكيِّ

لقد كان لأصْل الاستحسان أثرٌ بالغُ الأهميَّة في واقِع الاجتهاد التَّفريعيِّ في المذهب المالكيِّ، فلا تَكادُ تَجِدُ بابًا مِن أبواب الفقه إلَّا وللاستحسان فيه أثرٌ. وهذا المبحثُ مخصَّصٌ لعَرْض بعض المسائل في مذهب المالكيِّين كان مَنْزعُها الاجتهادي هو أصل الاستحسان:

المسألة الأولى: تضمين الرَّاعي المشتَرَك.

المسألة الثانية: الإجارة على ثمن مجهول.

المسألة الثالثة: مسألة الإذن في إحياء الموات.

المسألة الرابعة: خلط الأذهاب والزَّيتون واللبن.

المسألة الأولى

تضمين الرَّاعي المشتَرَك

الرَّاعي إمَّا أنْ يكون خاصًّا أو مُشتركا؛ والرَّاعي المشترك هو الذي يَرْعى لسائر النَّاس، فهو الذي نَصَب نفسه لرعي غنم كلّ من أتاه بغنمه. وأمَّا الرَّاعي الخاصّ، فهو الذي يَرْعى لجماعة معيّنة أو لشخص معيَّن، كعشرة من النَّاس يتَّخذون لبقرهم راعِيًا خاصّا[١].

وكلٌّ من الرَّاعي المشترك والخاصّ إمَّا أن يكون رَشيدًا أوْ لا:

فإنْ كان غيرَ رَشيدٍ، فلا ضمان عليه سواء كان خاصّا أو عامّا.

وإنْ كان الرَّاعي رشيدًا وهو خاصٌّ، فلا ضمانَ عليه إلَّا أنْ يكون منه تعدٍّ أو تفريطٌ.

وإنْ كان الرَّاعي مُشتركًا غيرَ خاصّ، فعليه الضَّمان على ما جَرَى عليه العَمَلُ عند المتأخِّرين، وهي المسألة محلّ البحث. والضّمان إذا قيل به إنَّما يكون إذا لم يَثبُت أنَّ الضَّياع كان بغير تعدٍّ ولا تفريط، ولا يكون له بيِّنةٌ على الضَّياع من غير سَبَبه[٢].

والمشهورُ في مذهب مالِكٍ أنَّ الرَّاعي المشتَرَك لا ضمانَ

(١) الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ٢/ ٣٠٦، عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٧، الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس ٣٦٤.

(٢) الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ٢/ ٣٠٥-٣٠٦.

عليه[١]، قال ابنُ سلمون: «ولا ضَمانَ على الرَّاعي فيما تلف من الغنم وغيرها، إذا لم يَتعدَّ ولا فرَّط، وأقْصَى ما عليه فيما ضَلَّ وهَلَكَ: اليمينُ أنَّه ما فرَّط ولا تَعَدَّى. وإنْ شُرط عليه الضَّمانُ، فلا يَلزَمه، وفُسِخَتْ الإجارَةُ ورُدَّت إلى أُجرَة المثل فيما رَعَى. والحكمُ في ذلك واحدٌ كانت الغنمُ لواحِدٍ أو لجماعة. ورُوِيَ عن ابنِ المسيّب أنَّ الرَّاعِيَ الذي يُلْقي النَّاسُ أغْنامَهم إليه، أنَّه ضامِنٌ لِمَا تَلَف منها، ورآه كالصَّانع»[٢].

لكنَّ المتأخِّرين من المالكيَّة خالفوا مَشهورَ مذهبهم إلى ما اختاره ابنُ حبيب وإلى ما رُوِيَ عن ابن المسيّب من تضمين الرَّاعي المشترك[٣] استِحْسانًا، قال ابنُ حَبيبٍ: «والأخْذُ بهذا القول أحبُّ إليَّ؛ لأنَّه صار كالصَّانع الذي أجمع كلُّ مَنْ علمتُ من أهل العلم على تَضْمينه، وكذلك راعي الدَّوابِّ الذي تجمع إليه بحراستها في رَعْيها على أنَّ له في كل دابَّة شيئًا معلومًا في كلِّ يوم»[٤].

وقال في «العمليَّات الفاسيَّة» مُثْبِتًا أنَّ القول بالضَّمان ممَّا جَرَى به العَمَلُ:

ضَمانُ راعِ غنَمِ النَّاسِ رُعِي ... ألحقه بالصَّانعِ في الغُرْمِ تَعِي[٥]

---

(١) ميارة، شرح التحفة ٢/ ١٩٣.

(٢) عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٦-٢٢٧.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٣١، عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٧.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٣١-٣٣٢؛ عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٧.

(٥) الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس ٣٦٤-٣٦٥، عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٧.

والأصلُ أنَّ الرَّاعِيَ، وإنْ كان مُشترَكًا، أمينٌ، ولا ضمانَ على أمين؛ قال السّجلماسيّ: «**والأصلُ في الأجير**، من حيثُ هو راعٍ أو غيره، أنَّه أمينٌ لا ضَمانَ عليه إلَّا ما استثناه الأئمَّةُ وضمَّنوه **للمصلحة العامَّة**، كالصَّانع»[١].

لكنْ تُرِكَ الأصلُ المقتضي لعَدَم الضَّمان لمَّا عارضته مصلحةٌ راجِحَةٌ، وهي أنَّ تركَ عدم التَّضمين ممَّا جَعَل الرُّعاةَ يخونون، اتِّكاءً منهم على الحكم بأصل الأمانة، خاصَّة لَمَّا فَسدت الذِّممُ وانخرمت الأمانةُ في النَّاس؛ قال اليزناسي في «شرح تُحفة ابن عاصم»: «كنتُ في زَمَن وِلايتي بتِلمسانَ كثيرًا ما أحكُم بتضمين الرَّاعي المشترك عندما يَظْهَرُ لي مخايلُ كَذِب الرُّعاة وتَعدِّيهم وتفريطهم؛ وذلك غالبُ أحوالِهم!»[٢]. فمُدرَكُ ما صَنَعه اليزناسيُّ أنَّ **الحكمَ بعدم تَضْمينهم مِمَّا يَنْتُج عنه تَلَفُ أموال النَّاس؛ والنَّاسُ بحاجة ماسَّة إلى هؤلاء الرُّعاة**؛ فاعتَمَد في ذلك على المصلحة، **وقَطَع المسألةَ عن أصْلها المقتضي عَدَمَ التَّضمين رعايةً للمصلحة العامَّة**.

وقال أبو عليٍّ التَّادلي: «**والقياسُ والنَّظرُ عَدَمُ ضمان الرَّاعي المشترك، والذي تَقتَضيه كثرةُ خِيانَة الرُّعاة في هذه الأزمنة هو ضَمانُه**»[٣].

---

(١) عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٧، الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس ٣٦٥.

(٢) عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٧.

(٣) عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٧.

ومِمَّا يلحَقُ بمسألة تضمين الرَّاعي المشترك: تضمينُ صاحب الحمَّام، فالأصلُ في المذهب أنْ لا ضمانَ عليه[(١)]، لكنْ مِنْ فُقَهاء المالكيَّة مَنْ قال بالتَّضمين لـمَّا كثُر تَشَكِّي النَّاس من أصحاب الحمَّامات؛ لقِلَّة الدِّيانة وخَرابِ الذِّمم؛ استنادًا منهم إلى المصلحة العامَّة التي هي من أصول مَذْهَب مالك[(٢)].

ومِمَّا يُلحَظ في المذهب المالكيّ أنَّ المتأخِّرين من أهل المذهب، على التِزامهم اتِّباع مشهور المذهب، فإنَّهم تَرَكوا هذا المشهورَ في كثيرٍ من المسائل، وأخَذُوا ببعض الأقوال الضَّعيفة المرويَّة في المذهب، بل أَخذوا بأقوالٍ خارج المذهب، وجَرَى بذلك عملُ القضاء والمفتين؛ وكان الدَّافعُ من وَراء الحَيْدَة عن مشهور المذهب إلى غيره، هو لحظَ المصلحة، لِمَا في تغيُّر الزَّمان واختلافِ البيئات من الأَثَر في تكوُّن المصلحة وتبدُّلها.

ومسألةُ تَضْمين الرَّاعي المشترك ليست مسألةً مُتفَقا عليها بين المتأخِّرين من أهل المذهب، بل خالَفَ بعضهم، ومِنْ أبرز المخالِفين الإمامُ الونشريسي صاحِب المعلمة الكبرى: «المعيار المعرب»، وله في المسألة تأليفٌ يَنتصِرُ فيه لعَدَم التضمين، سماه: «إضاءة الحَلَك، والمرجع بالدرك، على مَنْ أفتى من فُقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك». وقد لَخَّص هذا الجوابَ في كتاب «عُدَّة البُروق»[(٣)]. ومن

(١) الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير ٤/ ٢٦، أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ٢/ ٢٠٠.

(٢) عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٧.

(٣) الونشريسي، عُدَّة البروق ٥٤٠-٥٤٨.

الوُجوه التي ذَكَرها في عَدَم التضمين وخِلاف الرُّعاة للصُّناع، مما يَجْري في سِياق المصالح المرسلة:

عَدَمُ تَحقُّق الحاجة العامَّة لرُعاة الماشية، لأنَّ مُقْتَني الماشية قليلٌ من النَّاس، على خِلاف الصُّناع فإنَّ احتياج الناس لهم عامٌّ. قال الونشريسي: «فلم تكن الضرورةُ في الرعاة كالضَّرورة في الصُّنَّاع»[1]. ومما يُضعِّف الحاجة في الرُّعاة ويُقوِّيها في الصُّنَّاع: أنَّ الرَّعْي مَقْدورٌ على كلِّ أحَدٍ، من غير استرعاء لغيره. وهذا بخلاف الاستصناع، لا يُقدَر على الصنائع إلا بَعْد تعلُّم ومُمارسة؛ ثم تَعلُّم كلِّ الصنائع ليس من مقدور النَّاس عادةً. فلم تكن الضَّرورة في الرُّعاة كالضَّرروة في الصناع؛ فافترَقَا[2].

(١) الونشريسي، عُدَّة البروق ٥٤٠.

(٢) الونشريسي، عُدَّة البروق ٥٤٠.

المسألة الثانية

الإجارة على ثمن مجهول

القياسُ أنَّ الإجارة لا تصحُّ بأجرة مجهولة، فإنْ وَقَعَت الإجارة على أجرة غير معلومة فهي إجارةُ باطلة[١]. لكنَّ المالكيَّة استثنوا من هذا الأصل مسائلَ يُؤدِّي فيها طَرْدُ القياس إلى الحرج والمشقَّة المرفوعين في الشَّريعة؛ استنادًا إلى أصل الاستحسان. ومن هذه المسائل التي استثناها المالكيَّة:

ما جاء في «العُتبيَّة»: «سُئل مالك عن الخيَّاط الذي بيني وبينه الخُلطَةُ ولا يكاد يُخالفُني، أستخيطُه الثَّوبَ، فإذا فرغ منه وجاء به أُراضيه على شيء أدفعه إليه. قال: لا بأس به»[٢].

فالعاقدان لم يُبيِّنا الأجرة التي تُستحقُّ نظيرَ الخياطة، فهي إذًا مجهولة؛ لكنَّ إبطال مثلِ هذا التَّعامل ممَّا يتنافى مع السَّماحة التي هي من أهمِّ مَظاهر الشَّريعة الإسلاميَّة؛ إذْ الخُلطةُ بين الخيَّاط والمستخيط ممَّا تَنفي احتمالَ وُقوع المشاحَّة، وطَرْدُ القياس في مثل هذه المسألة منَ الحرج، وممَّا يُجافي اليُسرَ والمُكارَمَة في الشَّريعة الإسلاميَّة؛ فعلى هذا استُثنيت من أصل المنع استحسانًا.

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٧/ ٤٩٤.

(٢) العتبي، المستخرجة مع شرحها البيان والتحصيل ٨/ ٤٢٣.

قال ابنُ رشد في شرح مسألة «العتبية»: «وهذا كما قال؛ لأنَّه **مَّما قد استجازه النَّاس ومَضَوْا عليه... والمنعُ من مثل هذا وشبهه تَضْيِيقٌ على النَّاس، وحَرَجٌ في الدّين، وغُلوٌّ فيه؛ قال الله ﷻ:** ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحجّ: ٧٨]، **وقال:** ﴿يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ غَيْرَ الْحَقِّ﴾ [المائدة: ٧٧]... وقد كَرِهَ النَّخَعِيُّ أنْ يستعمل الصَّانع حتى يُقاطع على عَمَله بشيءٍ مُسمّى، وكرِهَ ذلك ابنُ حبيب أيضًا، وقال: إنَّه لا يبلغ به التَّحريم. **والأمرُ في ذلك واسِعٌ إنْ شاء الله**، وبه التَّوفيق»[1].

وانظُر إلى قول ابن رشد: «لأنَّه مَّما قد استجازه النَّاسُ، ومَضَوْا عليه» فإنَّ فيه إشارةً إلى أنَّ عُرْفَ النَّاس المنتشِرَ بينهم بالمسامحة في بعض التعاملات ممَّا يكون سَبَبًا للتَّخفيف؛ إذ الجهالةُ كانت سببا للمنع من تلك العقود، لِمَا تُفضي إليه من النِّزاع، ومع ثبوت انتفاء المنازعة بتَسامُح الناس فيما بينهم في ذلك، تنتفي عِلَّةُ المنع.

ومن هذه المسائل المُستثناة استحسانًا، ما سُئِلَ عنه أبو عبد الله الموَّاق منْ أنَّه لا بُدَّ لصاحِب البهائم الذي يشتي بالسَّاحل بَهائمَه أنْ يَدفع إلى بعض دور قُرَى السَّاحل فيُنفِق صاحبُ الدَّار عليه، ويُعطي صاحبُ البهائم بَهائمَه لصاحب الدَّار يَنتفِع بها، وكلاهما ينتفع بصاحبه؛ فقال الموَّاق: «وهذا -والله أعلم- كلُّه قريبٌ، وقد ألفيتُ القومَ وقد شدَّدوا عليهم في هذا، **وهُمْ لا بُدَّ**

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٨/ ٤٢٣-٤٢٤، المواق، التاج والإكليل ٧/ ٤٩٥.

فاعِلوه... وفي مثل هذا التَّشديد من الحَرَج في الدِّين»[١].

وفي مثل هذه المسائل يَقولُ سحنون: «**لَوْ حَمَلْتَ أكثرَ الإجارات على القياس، لبَطَلَتْ**»[٢].

المسألة الثالثة

مسألة الإذن في إحياء الموات

المشهورُ من مذهب المالكيَّة أنَّ الأصل في الأرض الموات أنَّها لمن أَحياها، ولا يُشتَرَطُ فيها استئذانُ الإمام؛ واحتجّوا لذلك بقوله ﷺ: «**مَنْ أحْيَا أرضًا ميتة فهي له**»[٣]؛ إلَّا أنَّهم استثنوا من هذا الأصل استحسانا الأراضِي القَريبةَ من العُمران، فقالوا: إنَّ إذنَ الإمام شَرْطٌ في إحيائها[٤].

قال مالكٌ: «إذا أحْياها فهي له، وإنْ لم يستأذن الإمام... ولا يكون له أنْ يُحيي ما قرُب من العُمران... **ما قَرب من العمران وما يَتشاحُّ الناسُ فيه**، فإنَّ ذلك لا يكون له أنْ يُحييه إلا بقَطيعة من

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٧/ ٤٩٤-٤٩٥.

(٢) المواق، التاج والإكليل ٧/ ٤٩٥.

(٣) رواه مالك في الموطّأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات، رقم: ١٤٢٤.

(٤) الحطاب، مواهب الجيل ٦/ ١١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٧/ ٧٠، الدردير، الشرح الكبير ٤/ ٦٩، عليش، منح الجليل ٨/ ٧٣.

الإمام»[١].

فالأساسُ الذي كان مُلاحَظًا لمالِكٍ في استثناء الأراضي القريبة من العُمران، هو الالتفاتُ إلى توقّع الضَّرر الذي يَنجَرُّ نتيجة التَّخلية بين النَّاس وبين تلك الأراضي؛ لأنَّ النَّاس يَرْغبون على وجه القطع في الأراضي التي تكون قريبةً من العُمران، فيحصُل من تكاثر الرَّغبات تصادُمها وتعارضها وتدافعها، ممَّا يُفضي إلى التَّشاحّ والمخاصمة؛ وقد نَهَى الشَّارعُ على وَجْه القطع عن الوسائل التي يَنْجرُّ عنها التَّدابر والتَّخاصم؛ وعليه فإنَّ النَّظر للمصلحة هي الأساسُ الذي كان يرتكز عليه مالكٌ في استثنائه الأراضي الموات القريبة من العُمران من أصل الإباحة العامّ؛ وهذا هو الاستحسان.

قال المقَّريُّ: «الموات عند الشَّافعيّ على أصل الإباحة، كالحطب والحشيش، فلا يفتقر إحياؤه إلى إذن الإمام. وعند النُّعمان في حماية الإمام، فيفتقر إلى إذنه. وقال مالك القريبُ بحيث يَتشاحُّ فيه يفتقرُ، والمنقطعُ عن العمران لا يفتقر؛ **فأصَّل أصلَ الشّافعيِّ إلّا أنّه خالَفَه لعارِض تَوقُّع الخصومة في القريب استِحْسانًا**»[٢].

وبناءً على مُدْرك مالك، فإنَّ النَّظر في مسألة إحياء الموات نَظَرٌ مُتجدِّدٌ، فحيثُ كانت المصلحة مُقتضيةً لعدم الإذن خُلِّيَ النَّاس والأراضي الموات، وما أوجبت المصلحةُ أنْ يُقيَّدَ الإحياءُ بالإذن

(١) سحنون، المدونة ٤/ ٤٧٣، المالقي، الأحكام ١٢٧.

(٢) المقري، القواعد رقم ١٠٩٥.

قُيِّدَ حتَّى ولو كان المواتُ بعيدًا عن العُمران؛ لأنَّ الحكم مبنيٌّ على أمر معقول، وهو توقُّع الضَّرر والفساد مِنْ تَرْك الإحياء دون ضَبْطٍ.

المسألة الرابعة

خَلْطُ الأَذْهاب والزَّيتون واللبن

ومن مسائل الاستحسان مسألةُ خَلْط مجموعة من النَّاس للجلجلان أو الفجل أو الزَّيتون لعصره، ليأخُذ كلٌّ واحد منهم من الزَّيت قَدْرَ الجلجلان أو الفجل أو الزَّيتون الذي دفعه.

ففي «العُتبيَّة» قال ابنُ القاسِم: سألتُ مالِكًا عن مَعاصِر الزَّيت -زيت الجلجلان والفجل- يأتي هذا بأرادب، وهذا بأُخرى، حتّى يجتمعون فيها فيعصرون جميعا. قال مالك: «إنَّما يُكرَه هذا لأنّ بعضه يخرج أكثر من بعض، **فإذا احتاجُ النَّاس إلى ذلك فأرْجُو أنْ يكون خفيفا؛ لأنّ الناس لا بُدَّ لهم ممَّا يُصلِحهم،والشَّيءُ الذي لا يجدون عنه غنىً ولا بدّ، فأرجو أنْ يكون لهم في ذلك سعةٌ إنْ شاء الله**، ولا أرى به بأسا، والزَّيتون مثل ذلك»، وقال سحنون - في هذه المسألة-: «لا خيرَ فيه»[1].

---

(١) العتبي، العتبية مع شرحها البيان والتحصيل ١٢/١٦؛ وانظر: المواق، التاج والإكليل ٦/١٥٣، عليش، منح الجليل ٤/٥٠٤.

فأصلُ المسألة المنعُ من خلط الزَّيتون أو غيره لأنَّ في ذلك غررا ومُزابنةً؛ إذْ لا يُدرى على وَجْه التَّحقيق قدرُ الزَّيت الخارج من هذا الزيتون ومن ذاك، والجهالةُ في هذا الموضع مُقتضيةٌ للمنع. لكن استثني من هذا الأصل هذه المسألةُ للحاجة الماسَّة للنَّاس؛ إذْ كثيرٌ من النَّاس ليس لهم من الزَّيتون أو الجلجلان بحيث يُفرِدُه العاصِرُ بالعصر، فيجمع العاصر من زيتون النَّاس القدرَ الذي يُمكِنُه معه العصر. فلمَّا كانت حاجةُ النَّاس إلى هذا الخلط حاجةً ماسَّة، وليس لهم منها بدٌّ، أجازَها مالكٌ استحسانًا وتخفيفا، وكان طَرْدُ القياس أنْ لا يَجوز ذلك، كما ذهب إليه سحنون؛ قال ابنُ رشد في شرحه للمسألة: «قولُ سحنون هو القياسُ، وقولُ مالك **استحسانٌ خفَّفه للضَّرورة إلى ذلك**؛ إذْ لا يتأتَّى عصرُ اليسير من الجلجلان والفجل على حِدَته مُراعاةً لقول مَنْ يُجيز التَّفاضل في ذلك من أهل العلم؛ وهذا على نحو إجازتهم للنَّاس خلط أذْهابهم في الضَّرب بعد تصييغها ومعرفة وزنها، فإذا خرجت من الضَّرب أخذ كلُّ إنسانٍ منهم على حساب ذَهَبِه، وأعطى الضَّرّابَ أُجرتَه»[1].

ومن مسائل الاستحسان الشَّبيهة بالمسألة السَّابقة، ما ورد في كُتُبِ النَّوازل ممَّا جَرَى عليه أمرُ النَّاس في الاشتِراك في اللَّبن لاستخلاص الجبن؛ لِمَا يَنتج من الحرج في استبداد كلٍّ واحِدٍ منهم بلبنه، لما يُحتاج إليه من المؤونة والمشقَّة؛ فيجتمع جماعةٌ

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ١٢/١٦.

أصحابُ غنم فيستأجرون راعيا أو أكثر ويَخلطون اللَّبن.

فأجاب فُقهاءُ الأندلس بالجواز استحسانًا؛ منهم أبو سعيد بنُ لُبّ، وأبو إسحاقَ الشَّاطبيّ، وابنُ السَّرّاج.

وأجودُ الأجوبة هو جوابُ شيخ المقاصد أبي إسحاقَ، فبيَّن أوّلا أنَّ مسألة خلط اللَّبن لاستخراج جبنه ممَّا تدُلُّ «**الأصول على منعه؛ لأنَّ الألبان تختلف في مقدار ما يَخرج منها من الجبن، كما تختلف في مقدار ما يخرج منها من الزَّبد والسّمن**، فإذا خلطوا ألبانهم على أجزاء معلومة لم يَكُن الخارجُ منها من الجبن على تلك النِّسبة لكلّ واحد، بل على اختلاف النّسبة أو بجهل التَّساوي في النِّسبة؛ فصارَ كلُّ واحد يُزابِنُ صاحبَه؛ والمزابنةُ منهيٌّ عنها»[1].

ثمَّ أبان أنَّ الرّخصة في هذه المسألة قويَّةٌ للحاجة الماسَّة التي تعتري النَّاس؛ قال: «إلَّا أنَّ لطالب الرُّخصة في مسألة اللَّبن هنا مدخلاً؛ لأنَّ لكثير من النَّاس الحاجةَ في الخلط المذكور، ولا سيمَا لمن كان له اليسيرُ من اللَّبن الذي لا يَخرُج منه جُبنٌ على أصل انفرادِه ولا على وجه الانتفاع به في بيع أو غيره إلَّا بحَرَج إنْ خرج. وأيضا فإنَّ العادَة في الرُّعاة أنْ يذهبوا بكثير من مواشي النَّاس إلى المواضع البعيدة طَلَبًا للمراعي، ولو كُلِّفوا عند الحلب أنْ يحلبوا لكلِّ واحد ممَّن له في الماشية شيء، لم يُمكنهم فضلا عن أن يَعقِدُوا له جُبنَه على حِدَة، فصار الحرجُ فيه على أصحاب

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٥/ ٢١٥، الشاطبي، الفتاوى ٢٠٧-٢٠٨.

الماشية والرّعاة أشدّ ممّا... في مال اليتيم؛ فاقتَضَى هذا الأصل جوازَ مسألة خلطِ الألبان بذلك القصد»[١].

وبعدَ أنْ أصَّل الشّاطبيُّ المسألة على أصل الاستحسان، خرَّجها على مسألة من مسائل المذهب، وهي مسألة خلط الزَّيتون والجلجلان التي تقدَّمت؛ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : «هذا ما ظَهَر لي في المسألة من غير نصٍّ في خُصوص المسألة أستند إليه[٢]... ثمَّ وَجَدْتُ في «العُتبيَّة» قال ابنُ القاسم: «سألتُ مالكًا عن مَعاصر الزيت...». فهذا كلُّه ممَّا يدُلُّ على صِحَّة ما ظَهَر لي في اللَّبن، والله أعلم، والظَّاهِرُ جوازُه عَمَلاً بهذا الأصل المقرَّر في المذهب»[٣].

وأجاب ابنُ السَّراج بقوله: «المسألةُ تَجْري على الخلاف في خَلْط الجلجلان والزَّيتون في المعصرة، والذي يَترجَّح -والله الموفّق- جَوازُها للحاجة، ويُقسَمُ الجُبنُ على حَسَبه»[٤].

وعلى هذه الفتاوى جَرَى المتأخِّرون من المالكية، فعدُّوا ذلك مِمَّا جَرَى به العَمَلُ، قال صاحِبُ «العمليَّات الفاسيَّة»:

والخلطُ للزَّيتون عند العصرِ   والزَّيتُ بالنِّسبة للتَّحرِّي

---

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٥/ ٢١٦، الشاطبي، الفتاوى ٢٠٩-٢١٠.

(٢) يقصد نصّا لأئمّة المذهب؛ لا النَّصّ الشّرعيّ.

(٣) الونشريسي، المعيار المعرب ٥/ ٢١٧، الشاطبي، الفتاوى ٢١٠-٢١١.

(٤) الونشريسي، المعيار المعرب ٥/ ٢٣٩، المواق، التاج والإكليل ٦/ ١٥٣. وأجاب كذلك أبو سعيد بن لب بالجواز؛ المعيار المعرب ٦/ ٤٦٢، المواق، التاج والإكليل ٦/ ١٥٣.

ومثلُه جمعُ ذُهوبِ الضَّربِ في سِكَّة، والقَسْمُ أيضا نسبي
ومثلُها جُبن اللّبان آتِ؛ لرُخصة الكلّيِّ ذي الحاجاتِ[١]

وممَّا يَجْري على نَهْج هذه المسائل اشتراكُ الأقارب في عَجْن الخبز وطبخ اللَّحم وما أشبه ذلك، ثم يقتسمون ذلك أو يأكلونه جميعا دون مُشاحَّة بينهم، فقد أجازه أهل المذهب.

والأصلُ عَدَمُ الجواز، للوَجْه الذي تقدم قَبْلُ في المسألة السَّابقة؛ لكن «الشَّرع قد جاء بالتسهيل، فأجازَ العُلماء مثلَ ذلك في طعام الرّفقاء والأقارب والجيران إذا اجتمعوا وجمعوا أطعمتهم لعجن أو طبخ أو غيرهما **بقصد الإعانة والارتفاق** في رفع مُؤن الاشتغال أو شبه ذلك؛ لأنَّ جمعه **تسهيل وتيسير وتعاون لا يُقصد بمثله قصد الرِّبا ولا المزابنة ولا غير ذلك من الممنوعات؛ فصحَّ أن يُغتفر الغررُ اليسير أو الرِّبا اليسير. وله نَظائرُ في الشَّرع كبيع العارية بخرصها تمرا، أو ردّ القيراط على الدِّرهم في البيع»**[٢].

❁❁❁

(١) الوزاني، تحفة الأكياس ١٤٥.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٥/ ٢١٥-٢١٦، الشاطبي، الفتاوى ٢٠٨-٢٠٩.

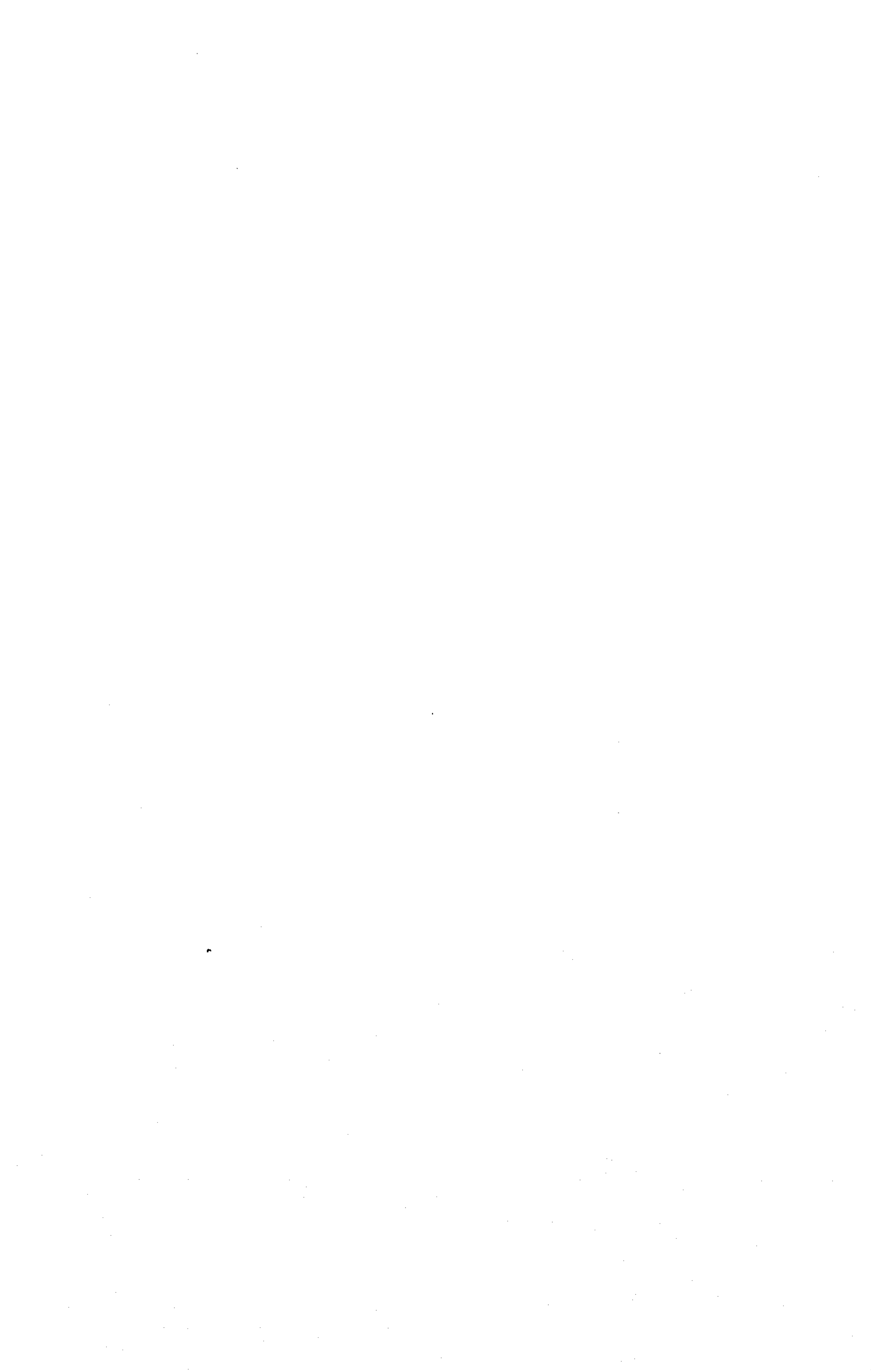


الفصل الثالث

سدّ الذرائع في المذهب المالكيّ

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ وهي:

- **المبحث الأول**: سدّ الذَّرائع: المفهوم، والمضمون.
- **المبحث الثَّاني**: سد الذرائع في المذهب المالكي: حجية، وأقساما، وموجهات العمل به، ومجالاته.
- **المبحث الثالث**: سدّ الذرائع في المذهب المالكي: أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب.
- **المبحث الرابع**: الشواهد التطبيقية لأصل سد الذرائع في المذهب المالكي.



المبحث الأول

سدّ الذَّرائع: المفهوم والمضمون

وفي هذا المبحث خمسة مطالب؛ وهي:

المطلب الأوَّل: مفهوم سد الذريعة في اللغة والاصطلاح المالكي.

المطلب الثّاني: الإطلاقات المرادفة لأصل سد الذرائع والألفاظ ذات الصِّلة به.

المطلب الثَّالث: أهميَّة قاعدة سدّ الذَّرائع.

المطلب الرَّابع: صلة سد الذَّرائع بقاعدة الوسائل والمقاصد، وبقاعدة المآل.

المطلب الخامس: علاقة سد الذَّرائع بالمصالح والمفاسد.

المطلب الأوّل

مفهومُ سدّ الذَّريعة في اللُّغة والاصطلاح المالكيّ

الفرع الأوّل

مفهوم الذَّرائع لغة

الذَّريعة: الوسيلةُ والسَّببُ إِلى الشَّيء؛ وقد تَذَرَّع فلان بذَريعةٍ، أي توسَّل. والجمعُ: الذَّرائع. يُقال: فلان ذَرِيعتي إِليك، أي سَبَبِي ووُصْلَتي الذي أتسبَّبُ به إليك؛ قال أبو وجْزةَ يَصفُ امرأة:

طافَت بها ذاتُ أَلْوانٍ مُشَبَّهة ذَرِيعةُ الجِنِّ لا تُعْطِي ولا تَدَعُ

أَراد كأنَّها جنِّيَّة لا يُطْمَع فيها[1].

وإطلاقُ الذَّريعة على السبب هو إطلاقٌ مَجازيٌّ؛ إذ الذَّريعة في أصل وضعها العربيّ معناها كمعنى الدَّريئة: وهي النّاقةُ التي يَستَتِرُ بها رامِي الصَّيْدِ، وذلكَ أَن يَمْشيَ بجَنبِها فيرميَه إذا أَمْكنَه، وتلكَ النّاقةُ تُسيَّبُ أَوّلاً مع الوَحْشِ حتَّى تأْلَفَها. ويُقال ذُرَع، والجَمْعُ ذُرُعٌ، بضَمَّتين[2].

قال ابنُ الأعرابيّ: «سُمِّيَ هذا البعير الدَّرِيئة والذَّريعة، ثمَّ

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ٨/ ٩٨، الزبيدي، تاج العروس ٢١/ ١٢.

(٢) ابن منظور، لسان العرب ٨/ ٩٨، الزبيدي، تاج العروس ٢١/ ١٢.

جعلت الذَّريعة مثلاً لكلِّ شيء أدْنى من شيء وقَرب منه:

وللمَنِيَّةِ أَسْبابٌ تُقَرِّبها كما تُقَرِّب للوَحْشِيَّة الذُّرُع»[١].

ونُقِلَت لفظة «الذَّريعة» من معناها الحقيقيّ إلى البيع الجائز المتحيَّل به على ما لا يجوز، وكذلك غير البيع على الوجه المذكور؛ فهو من مجاز المُشابهة[٢]؛ لأنَّا شبَّهنا كلَّ شيء كان وسيلةً لشيء غير المعنى الحقيقيّ بالمعنى الحقيقيّ؛ وكونُها مجازَ مُشابهة -بحسب الأصل- لا يُنافي أنَّها صارت حقيقة عُرفيَّة؛ ومعلومٌ أنَّ مَجاز المشابهة هي الاستعارة، وهي هُنا تصريحيَّة: فالمستعارُ لفظ ذريعة، والمستعار له العقدة المتوصَّل بها إلى ما لا يجوز[٣]؛ فشبَّهنا كلَّ شيء كان وسيلة لشيء غير المعنى الحقيقيّ بالمعنى الحقيقي بجامع مُطلَق التَّوسل في كلٍّ؛ ثمَّ صارت حقيقة عرفيَّة[٤].

ويُؤخَذُ من المعنى العربيّ للكلمة في أصل وضعها معنى التَّستُّر والتَّخفِّي؛ فالخاتِلُ للصَّيد يَتستَّر بالنَّاقة خَتْلا للبعير الذي يُريد صيده؛ وهذا المعنى ملحوظٌ كذلك في المعنى الاصطلاحيّ للذَّريعة؛ فإنَّ المتذرِّع -بالنظَر العُمومِيّ- يَتستَّر بفعل المشروع توصُّلاً منه إلى الممنوع.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ٨/ ٩٨، الزبيدي، تاج العروس ٢١/ ١٢.

(٢) خليل، التوضيح ٥/ ٣٦٦، الخرشي، شرح خليل ٥/ ٩٢، الصاوي، بلغة السالك ٣/ ١١٦-١١٨.

(٣) العدوي، حاشيته على شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/ ٩٢،

(٤) تهذيب الفروق ٣/ ٢٧٤.

الفرع الثَّاني

مفهوم سدّ الذَّريعة في الاصطلاح المالكيّ

نَهَجَ المالكيّة في تعريف سدِّ الذَّرائع وبيانِ حقيقة هذا الأصل منهجين، فمنهم من عرَّف المركَّب الإضافيّ «سدّ الذَّريعة»، ومنهم مَن اكتفى بتعريف «الذَّريعة» أو «الذَّرائع» دون أنْ يَتطرَّق إلى بيان معنى هذا المركَّب الإضافيّ؛ والسَّبب في ذلك لائح لا يحتاج إلى كثير نظر؛ إذ الوقوفُ على تعريف المركَّب يكون بإضافة لفظة «سدّ»، وهي لفظةٌ بَيِّنةٌ في ذاتها يُقصَد منها المنعُ والحَسْمُ. وعليه، فإنِّي سأتناول تعريفاتِ المالكيّة في سياق واحد دون فصل بين مَنْ عرَّف «الذَّرائع»، وبين مَن عَرَّف «سدّ الذَّرائع»:

التَّعريف الأوَّل:

قال الباجِيُّ في كتاب «الحدود»: «**الذَّرائع ما يُتوصَّل به إلى مَحْظور العُقود من إبْرام عَقْدٍ أو حَلِّه**»[1].

وتعريفُ الباجيِّ للذَّرائع هو أخصُّ من المعنى اللُّغويِّ المفيدِ بأنَّ الذَّريعة هي وسيلة الشَّيء مُطلَقًا؛ إذْ قيَّد الباجيّ الذَّريعة بأن تكون وسيلة تُفضي إلى المحظور، لا مُطلق الإفضاء. وعليه، فإنَّ الوسائل التي تُوصِلُ إلى غير المحظور غيرُ مشمولة بالمعنى

---

(١) الباجي، كتاب الحدود ٦٨، إحكام الفصول في أحكام الأصول فقرة ٩.

الاصطلاحيّ للذَّريعة.

وقيَّد الباجيُّ معنى الذَّرائع في هذا الحدّ بأنَّ المتوسَّل إليه إلى جانب كونه محظورا-: أنْ يكون مُتعلَّقُ الحظرِ العقودَ خاصَّة؛ وهذا الذي تُعطيه عبارةُ الباجيّ. وهذا التَّعريفُ أوْرَده في كتاب «الحدود»، وهو مظنَّةُ الضَّبط التَّامِّ لحقيقة المحدود وعَدَم التّجوُّز فيه؛ كما أوْرَد هذا الحدَّ في مُقدِّمة «الإحكام» في بَيانه لحدود المعاني الواردة في الكتاب.

غيرَ أنَّ الباجيَّ في كتاب «الإحكام» لمَّا بَحَثَ مسألة الذَّرائع لم يُقيِّد معناها بخصوص العُقود، بل عَمَّم وأطلَق؛ قال: «ذَهَب مالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ إلى المنع من الذَّرائع: وهي **المسألةُ التي ظاهِرُها الإباحةُ ويُتوصَّل بها إلى فِعْل المحظور**؛ وذلك نحو أنْ يبيع السلعة بمائة دينار إلى أجَلٍ، ويَشتريها بخمسين نقدًا. فهذا قد تَوَصَّل إلى سَلَف خمسين في مائة بذِكْر السِّلعة. . .»[(١)].

فنرى كيف أنَّ تعريفه كان أشملَ ممَّا أورده في كتاب «الحدود» ومقدِّمة «الإحكام».

والذي يظهر لي أنَّ حقيقة الذَّرائع عند المالكيّة ومنهم الباجيّ أعمُّ من أنْ تكون مُقيَّدةً بالعُقود؛ والذي يَدُلُّ على هذا أمور:

أوَّلا: أنَّ المالكيّة يبنون كثيرا من الأحكام التي لا صِلَة لها بالعقود على مُدرَك سدّ الذَّريعة، فسدُّ الذَّريعة مبثوثٌ في مذهب مالك في كلِّ أبواب الفقه؛ فالعبادات مثلا ممَّا يجري فيها إعمالُ

(١) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٣، الإشارة ٣١٤، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٠.

سدّ الذَّريعة كثيرا كما سيأتي، قال الشَّاطبي: «**قاعدة الذَّرائع التى حَكَّمَها مالك فى أكثر أبواب الفقه**»[١].

وممَّا يدلُّ على أنَّ قيد «العقود» لا مفهومَ له، أنَّ الباجيَّ وغيره ممَّن قيَّد بهذا القيد كابن رُشْدٍ الجدِّ قد بَنَوْا بعضَ الفُروع من غير باب العُقود على مأخذ سدّ الذَّرائع[٢].

ثانيا: ودليلٌ آخَرُ: أنَّ الأدلَّة التي استدلَّ بها المالكيّة على حجيَّة سدّ الذَّرائع أدلَّةٌ تدلُّ على مُطلَق السَّدّ، وليست خاصَّة بذرائع العُقود، كما سيأتي في الأدلَّة النَّاهضة بالحجيَّة. فمثلا استدلُّوا بقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا۟ فُرُوجَهُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرٌۢ بِمَا يَصْنَعُونَ ﴿٣٠﴾﴾ [النُّور: ٣٠]، وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقُولُوا۟ رَٰعِنَا وَقُولُوا۟ ٱنظُرْنَا﴾ [البقرة: ١٠٤]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨]؛ وليس في هذه الآيات ما يُنبئ أو يُشير إلى هذا الاختصاص؛ بل هي نَصٌّ على عدمه؛ إذْ ليس في كفِّ الطَّرف وترك المخاطبة ببعض الألفاظ ومجانبة نَبْز ما يُعبَدُ من دون الله-: علاقَةٌ بالعُقود.

وإذا كان الأمرُ على ما قرَّرتُه، فلأيِّ سبب قيَّد الباجيّ وغيرُه -كما سيأتي- الذَّرائع بالعقود؟ والجواب: أنَّ مِنْ أجْلَى تطبيقات سدّ الذَّرائع عند المالكيّة، والتي خالفوا فيها جمهور العلماء-: إعْمالَ هذا الأصل في العُقود، وبالأخصّ في باب بيوع الآجال؛ فمُدركُ

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٩٨.

(٢) الباجي، المنتقى ١/ ٣٠٦، ٢/ ١٤، ٣٩، ٣/ ١٣٦.

سدِّ الذَّرائع في باب البيوع من الكثرة والانتشار بحيث عَدَّه القاضي ابنُ العربيّ من القواعد العشرة التي بَنَى مالِكٌ عليها أبوابَ البُيوع، فأحسَبَ أنَّ غلبة الإعمال في هذا الباب هو السَّبَبُ الدَّاعي إلى هذا التَّقييد، وهذا مِنْ قَبيل ذِكْر الشَّيء بأكثر المعاني العالِقة به، فلا يُعدُّ هذا القيدُ قيدًا حقيقيًّا فيؤخَذ بمفهومه؛ إذ القاعدة أنَّ الوصف الخارج على الغالب لا مفهوم له.

قال أبو عبد الله القُرطبيُّ بعد سوقه لأدلَّة المالكيّة على حجيَّة سدّ الذَّرائع: «فهذه هي الأدلَّة التي لنا على سدّ الذَّرائع، **وعليه بنى المالكيّة كتاب الآجال وغيره من المسائل في البيوع وغيرها**، وليس عند الشَّافعية كتاب الآجال؛ لأنَّ ذلك عندهم عقود مختلفة مستقلة، قالوا: وأصل الأشياء على الظَّواهر لا على الظنون. والمالكيّةُ جعلوا السلعة ليتوصَّل بها إلى دراهم بأكثر منها؛ وهذا هو الربا بعينه، فاعلمه»[١].

وقد عرَّف ابنُ رشد الذَّرائع بتعريف كان مضمونه تابعا لتعريف الباجيّ، وإنْ اختلفت بعضُ الألفاظ؛ قال ابنُ رُشد: «**وهي الأشياءُ التي ظاهرُها الصِّحةُ ويُتوصَّل بها إلى استباحة الرِّبا**، وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة دينار إلى أجل، ثم يبتاعها بخمسين نقدًا. وذلك حرام لا يحلّ ولا يجوز. وأباح الذَّرائعَ الشَّافعيُّ وأبو حنيفة وأصحابُهما»[٢].

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٩-٦٠.

(٢) ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٣٦١.

ومعلومٌ من مذهب مالك أنَّ المعنى الذي مِنْ أجْله مَنَعَ الإمامُ بعضَ العُقود هو الرِّبا المنصوصُ على تحريمه، فتكون الذَّرائعُ مُختصَّةً بذَرائع الفساد.

التَّعريف الثَّاني:

قال القاضي ابنُ العربيِّ: «...**الذَّرائع**... ومعناه: **كلُّ فِعْلٍ يُمكن أنْ يُتذرَّع به أي يُتوصَّل به إلى ما لا يجوز**، وهي مسألة انفَرَد بها مالكٌ دون سائر العلماء»[1].

يُستفاد من هذا التَّعريف ما يلي:

أوَّلا: هذا التَّعريف يَلتقي مع تعريف الباجيّ في تخصيص مفهوم الذَّرائع بالذَّرائع المُفضية إلى المحظور.

ثانيا: من الأمور الهامَّة التي أضاف هذا التَّعريف الإشارة إلى مرتبة العلم بإفضاء الوسيلة إلى ما حُظِرَ، فهل الذَّرائع تختصُّ بما كان الإفضاءُ قطعيّا، أو أنَّه يشمل ما هو أعمّ من ذلك، أو أنَّه يقِفُ في رُتبة معيَّنة من رُتب العلم؟ هذا ما أشار إليه ابنُ العربيّ من طَرفٍ خفيّ؛ وذلك في قوله: «كلّ فعل **يُمْكِنُ**» فالإمكانُ ممَّا لا يجري على معنى القطع؛ إذْ لا يصحّ البتَّة أنْ يُقال إنّي أقطع بالإفضاء مع إمكان عدمه؛ لأنّ ذلك جمعٌ بين مُتناقضين في محلّ واحد.

ومع هذا فإنَّ الإمكان من الألفاظ المُجملة التي قد يُراد به إمكان الوقوع بالظّنّ الغالب، أو بالظّنّ غير الغالب، بل حتّى

---

(١) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٧٨٦.

بالإمكان النّادر؛ وسيأتي أنَّ الأخير غيرُ مُعتدٍّ به.

ثالثا: لم يُبيِّن طبيعة الوسيلة المفضية إلى المحظور، هل هي من قَبيل المباحات أم أنَّ ذلك يشملها ويعمّ غيرَها؟

وعرَّف ابنُ العربيِّ الذَّرائع في موضع آخرَ بقوله: «**الذَّرائعُ، وهي المباحات التي يُتوصَّل بها إلى المحرّمات**»[1].

والذي أضاف هذا التَّعريف بيانُ طبيعة الوسيلة في اقتضائها الأصليّ، فهي من المباحات إذا قُطِعَ النَّظرُ عن المآل الممنوع المتوسَّل بها إليه.

إلَّا أنَّ التَّعريف أهمل ما أبرزه في التَّعريف السَّابق من بيان بعض ما يتعلَّق بمرتبة العلم بالإفضاء.

وعرَّف ابنُ العربيّ كذلك الذّرائع في موضع آخرَ بقوله: «قال علماؤنا: الذّرائع التي انفرد بها مالكٌ، وتابعه عليها أحمد في بعض رواياته، وخَفِيَت على الشّافعيّ وأبي حنيفة مع تبحُّرهما في الشّريعة: **وهو كلُّ عَمَلٍ ظاهر الجواز يُتوصّل به إلى محظور**»[2].

أبان التَّعريفُ كذلك أنَّ حُكم الوسيلة يُنظَرُ له من جهتين: الجهة الأُولى: جهةُ الاقتضاء الأصليّ، والجهة الثانية: جهة الاقتضاء التَّبعي. والعبرةُ بالجهة الثَّانية، فحُكم الوسيلة حُكْمُ ما تُفضي إليه؛ وأشار إلى هذا المعنى في قوله: «كل عمل ظاهر الجواز» فتقييدُه الجواز بكونه ظاهريًّا يُنبئ أنَّ هذا الحكم غيرُ مُعتدٍّ

---

(١) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/ ٣٣١.

(٢) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/ ٢٦٥.

به؛ وإنَّما يُعتدُّ بالحكم الذي أفضت إليه الوسيلةُ المباحة في الظَّاهر.

ويُقال في هذا التعريف ما قيل في سابقه فيما يَخصُّ مرتبةَ العلم بالإفضاء إلى المحظور.

وقال ابنُ العربيّ: « فمَنَعَ الله تعالى في كتابه أحَدًا أنْ يَفعَل فعلا جائزًا يُؤدّي إلى محظور؛ ولأجْل هذا تعلّق علماؤنا بهذه الآية في سدِّ الذَّرائع، وهو **كلّ عَقْدٍ جائز في الظّاهر يَؤول أو يُمْكِنُ أنْ يُتوصَّل به إلى محظور**»[1].

وأوَّل ما يَجبَهُ النَّاظرَ في تعريف ابن العربيّ تعليقُه الذّرائع بكونها ممَّا تختصّ بالعقود؛ وقد تقدَّم في تعريف الباجيّ ما يَرِدُ على هذا التَّقييد من إيرادات واعتراضات، كما أنِّي أبنتُ عن السَّبب الدَّاعي إلى التَّقييد. ولكنْ يُشكِل في هذا المقام أنَّ ابنَ العربيّ نصَّ نصًّا صَريحًا في موضِعٍ آخرَ من «أحكام القرآن» أنَّ حِماية الذّرائع تختصُّ بباب الرّبا، قال ابنُ العربيِّ في مسألة التَّعريض بالنِّكاح في حال عِدَّة المرأة ذاكرًا لوجوه التَّعريض: «وأما إذا ذَكَرها لأجنبيٍّ، فلا حرج عليه، ولا حَرَجَ على الأجنبيِّ في أنْ يقول: إنَّ فُلانا يُريد أنْ يتزوجك؛ إذا لم يَكُن ذلك بواسطة. وهذا

---

(١) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/ ٢٦٥. على أنه يحتمل أنه وقع تصحيف في عبارة ابن العربي، فتصحَّف «عقد» عن «عمل»، فيكون هذا التعريف كالتعريف الذي سبق: «كلُّ عمل جائز في الظاهر يؤول...». وقد استعمل ابن العربي أصل الذرائع في تعليل بعض الفروع الخارجة عن مجال العقود، كالصلاة والصيام، انظر مثلا: أحكام القرآن ٢/ ٥٨٢.

التّعريضُ ونحوُه من الذّرائع المباحة؛ **إذْ ليس كلُّ ذَريعةٍ محظورًا، وإنّما يَختصُّ بالحظر الذّريعة في باب الرّبا**، لقول عُمَرَ رضي الله عنه: فدَعُوا الرِّبَا والرِّيبة[1]؛ وكلُّ ذريعة ريبةٌ؛ وذلك لعظيم حُرْمة الرِّبا وشِدَّة الوعيد فيه من الله تعالى»[2].

ويَحتمِل كلامُ ابنِ العربيِّ أنَّ الاتِّساع في إعمال أصل سدِّ الذرائع لا يكون على النَّهْج الذي هو في البُيوع، للَّذي جاء من التشديد في الرِّبا والحياطة له. وعليه، فإنَّ الانبساط في إجْراء هذا الأصل يكون على وَفْق شِدَّة حُرْمَة الشَّيء المتوسَّل إليه، وعلى نَهْج الشَّرْع في حِياطَة بعض المُحرَّمات من اتِّساع وتضييق، وعلى لَحْظ مَدَى تتايُع النَّاس في بعض المحرَّمات التي تَقْتَضيها الطِّباعُ والجِبِلَّاتُ في استِجْلاب الحظوظ إليها؛ فكلُّ ذلك يَحْكُم مَدَى

---

(١) روى ابن ماجه في كتاب التجارات، باب التغليظ في الربا، رقم: ٢٢٧٦، وأحمد في المسند، رقم: ٢٣٨، ٣٣١، ومحمَّد بن نصر المروزي في «السُّنة»: عن قَتادة عن سَعيد بن المسيب عن عُمَر بن الخطاب قال: «إنَّ آخِرَ ما نزلت آية الربا، وإنَّ رسول الله ﷺ قبض ولم يفسرها لنا، فدَعُوا الرِّبا والرِّيبة». (واللفظ لابن ماجه). وابنُ المسيّب وإنْ كان لم يسمع من عمر، فقد صحَّح كثيرٌ من أهل الحديث روايته عنه؛ إذْ كان أعلمَ الناس به.
ورواه الدَّارمي (١٢٩)، قال: أخبرنا سُليمان بن حرب ثنا ابنُ سلمة عن داودَ عن الشَّعبي أنَّ عُمَرَ قال: «يا أيها الناس إنَّا لا نَدْري لعلَّنا نأمركم بأشياء لا تحلّ لكم، ولعلنا نُحرِّم عليكم أشياءَ هي لكم حلال، إنَّ آخِرَ ما نَزل من القرآن آيةُ الرِّبا، وإنَّ رسول الله ﷺ لَمْ يُبيِّنها لنا حتَّى مات، فدَعُوا ما يَريبكم إلى ما لا يَريبكم».
والشَّعبيُّ لم يَسمَع من عمر رضي الله عنه.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٢٨٧.

إجْراء هذا الأصل توسيعًا وتضييقًا.

التعريف الثَّالث:

قال المازَرِيُّ عن سدّ الذّريعة: «وعند الفقهاء: **منعُ ما يجوز لئلّا يُتطرَّق به إلى ما لا يجوز**»[1].

فسدُّ الذّرائع هو إلحاق حكم الوسيلة بحكم المآل لمَّا كانت الوسيلةُ وُصْلَةً إلى هذا المآل، فتُمنَعُ الوسيلة بحكم منع ما أفضت إليه.

وغابَ في تعريفه البيان عن رُتبة العلم بالإفضاء إلى المحظور.

التَّعريف الرَّابع:

وعرَّف الذّرائعَ أبو عبد الله القرطبيّ المفسِّرُ بقوله: «والذّريعة عبارة عن أمر **غير ممنوع لنفسه، يُخاف من ارتكابه الوقوعُ في ممنوع**»[2].

وتعريف القُرطبيّ من أوْفَى التَّعريفات بحقيقة الذّرائع؛ بيانُ ذلك في الأمور الآتية:

أولا: أبان أنَّ الحكم الأصليّ للوسيلة هو عدم المنع، وهو قوله: «غير ممنوع لنفسه»، فالمنع الذي عَرَضَ لهذه الوسيلة إنَّما كان لأمر خارجيّ، وهو المآل الممنوع.

ثانيا: قول القرطبيّ: «**يُخاف**» فيه بيانٌ جليّ لمرتبة العلم بإفضاء الوسيلة إلى المآل المحظور، فالخوف في اللغة العربيّة يُقصَدُ به

---

(١) المازري، شرح التلقين ٤/ ٣١٧. وعنه: ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٤، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥، التحرير والتنوير ٦/ ٤٣١.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٧-٥٨.

الظَّنّ، لا الوهم.

قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٨٢﴾﴾ [البقرة: ١٨٢].

قال ابن عاشور: «ومعنى «خاف» هنا الظَّنّ والتَّوقّع؛ لأنَّ ظنّ المكروه خوفٌ، فأطلَقَ الخوفَ على لازِمه وهو الظَّنّ والتَّوقّع، إشارةً إلى أنَّ ما توقَّعه المتوقِّعُ من قَبيل المكروه... ومن إطلاق الخوف في مثل هذا قولُ أبي مِحْجَن الثَّقفيّ:

«أخافُ إذا ما مِتُّ أنْ لا أذُوقها»

أيْ: أظنّ وأعلمُ شيئا مكروها؛ ولذا قال قبله:

«تُرَوِّي عِظامي بعدَ مَوتي عُروقُها»»[١].

وناسَبَ أنْ يُعبَّر بالخوف على ظنّ حُصول المحظور، كونُ المحظور أمرًا مَكروها.

وأحسَبُ أنَّ تعريف أبي عبد الله القرطبيّ مأخوذٌ عن شيخه أبي العبَّاس القُرطبيّ؛ لأنَّ هذا الأخير عرَّف سدّ الذّرائع بما يُشبِهُ التَّعريف السَّالف الذِّكر، وهو سابقٌ لأبي عبد الله، كما أنَّ أبا عبد الله كثيرُ النَّقل عنه في كتابه «الجامع»؛ قال أبو العبَّاس القرطبيّ مُعرِّفًا سدَّ الذّرائع: «**الامتناعُ ممَّا ليس ممنوعا في نفسه؛ مخافة الوقوع في محظور**»[٢].

---

(١) ابن عاشور، التحرير والتنوير ٢/ ١٥٣.

(٢) القرطبي، المفهم ١/ ٢٨٥. ويشبهه تعريف ابن عرفة: «سدُّ الذَّرائع هو الامتِناعُ مِمَّا لم يُنْهَ عنه، خشيةَ الوُقوع فيما نُهِيَ عنه». تفسير ابن عرفة ١/ ٢٥٩.

التعريف الخامس:

قال الشَّاطبي: «سدّ الذّرائع... غالبها تذرُّعٌ بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصلُ على المشروعيَّة لكن مآله غير مشروع»(١).

وعليه فإنَّه عرَّف سدّ الذّرائع في موضع آخرَ بقوله: «سدّ الذّرائع هو: **منع الجائز لأنَّه يَجرُّ إلى غير الجائز**»(٢).

وهذا التَّعريف يرِدُ عليه أنَّه لم يُبِنْ عن رُتَبِ العلم بالإفضاء إلى المآل الممنوع.

التعريف السادس:

وعرَّف القاضي عبد الوهاب الذرائع في سياق بحثه للبيوع بقوله في «الإشراف»: «**الذَّرائع** الأمرُ الذي ظاهِرُه الجَوازُ **إذا قَوِيَتْ تُهَمَةُ التطرُّق إلى الممنوع**»(٣).

وقال في «المعونة»: «أنْ يُمنَع الشَّيءُ الجائزُ إذا قَوِيَت التُّهَمَةُ في التطرُّق به والتذَرُّع إلى الأمر **المحظورِ**»(٤).

فالأصل في الذَّرائع أنَّ ظاهَرَها على الجواز. وأحْسَنَ في التعريف الأوَّل وَصْفَه الجوازَ بأنَّه ظاهِرٌ، أمَّا في حقيقة الأمر فحُكْمُه أنه آيلٌ إلى المنع.

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٩٨.

(٢) الشاطبي، الاعتصام ١/ ١٧٧.

(٣) عبد الوهاب بن نصر، الإشراف.

(٤) عبد الوهاب بن نصر، المعونة ٢/ ٣٣.

أمَّا المتذرَّع إليه فيكون ممنوعًا ومحظورًا.

وزادَ هذا التعريفُ على التعريفات السَّابقة إدْخالَ معنى التُّهَمَة في الذَّرائع، وشَرْطُ الاتِّهام فيها أنْ تكون قَوِيَّةً. ذلك أنَّ مُتعاطي ما أُبيح ظاهِرًا إنْ قَوِيَت التهَمَةُ بأنَّ الناس يَقصِدون إلى الممنوع، سُدَّ الباب رأسًا وحُسِمَ التطرُّق إليه. والتهمةُ تُعْطي أنَّ الإفضاء إلى الممنوع ليس قاطعًا، وإنَّما هو مبنيٌّ على أساسٍ من الظَّنِّ.

التعريف السَّادس:

قال القَرافيُّ: «ومعناه: **حَسْمُ مادَّة وسائل الفساد دَفْعًا له**؛ فمتى كان الفعلُ السَّالم عن المفسدة وَسيلةً للمفسدة مَنَعَ مالكٌ من ذلك الفعل في كثير من الصّور»(١)، وتبِعَه على هذا التَّعريف كلٌّ من المقَّرِيِّ في «القواعد»(٢)، وابنِ فرحون في «تبصرة الحكَّام»(٣)، وغيرها(٤).

وتعْريفُ القَرافي يَرجِعُ مَناطَ المنع في الوسائل إلى ما تؤول إليه من المفاسد، فحقيقةُ سدّ الذّرائع عائدةٌ إلى النَّظر في المصلحة والمفسدة والموازنة بينهما، فالوسيلةُ بحكم الإباحة فيها -في الاقتضاء الأصليّ- قد يكون فيها مصلحة، لكنْ ربَّما كان رُكوب هذه الوسيلة ممَّا ينتج عنه مفاسدُ ترْبُو على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصليّ؛ فكان من مُقتضى منهج الشَّرع في التَّشريع أنْ

(١) القرافي، الفروق ٢/ ٣٢، شرح تنقيح الفصول ٤٤٨.

(٢) المقري، القواعد رقم ٢٢٨.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٤.

(٤) المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٥.

تُمنَعَ هذه الوسيلة؛ مُسايَرَة لأصل المعقوليَّة في التَّشريع، ومُساوَقَة لمركزيَّة المصلحة فيه.

لكن تعريف القرافيّ لسدّ الذّرائع عامّ جدّا، فالسَّببُ المستلزِمُ لملزومه الممنوع داخلٌ في مُقتَضى تعريف القرافيّ، وسيأتي أنَّ هذا النَّوع من الإفضاء التَّلازميّ ليس من حقيقة الذّرائع التي جَرَت بين العُلماء في اصطِلاحهم.

ومَشَى الشَّيخ ابن عاشور على خُطى القرافيّ في تعريف سدّ الذريعة فقال: «هذا المركَّب في اصطلاح الفقهاء لـ: **إبطال الأعمال التي تؤول إلى فسادٍ مُعتَبَر**»[1].

وتعريفُ ابنِ عاشور أحسنُ من تعريف القرافيّ، لتقييده الفسادَ الذي تؤول إليه الوسيلةُ بكونه فسادا مُعتبرا، أي راجحا على المصلحة التي تُعطيها الوسيلة في اقتضائها الأصليّ؛ إذ الوسيلة التي تُفضي إلى فسادٍ وتكون مصلحةُ الوسيلة في اقتضائها الأصليّ أرجحَ من هذا الفساد-: لا تُمنَع.

ويُلحَظ في عموم التَّعريفات أنَّ الذّرائع المقصودة في اصطلاح المالكيّة هي ذرائعُ الفساد خاصَّة؛ قال الشَّيخ محمَّد الطَّاهر بن عاشور رحمه الله: «سدُّ الذّرائع لَقَبٌ غَلَبَ على ذرائع الفساد؛ ولكنَّه من جِهَة اللّغة يَدُلُّ على معنى قولهم إعطاء الوسيلة حكمَ المقصد»[2].

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥.

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٦، وانظر: حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٤، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٩.

وإنْ نَحنُ نَظَرْنا في تعريف القَرافيِّ وأتباعِه، ومَثَّلناه بالتعريفات السَّابقة-: نَلْحَظ أمْرًا هامًّا، وهو أنَّ المتذرَّع إليه عند القَرافي هو «**الفَساد**»، أمَّا عند غيره: فـ«**الممنوع**» أو «**ما لا يَجوز**» أو «**المحظور**» أو «**المحرَّم**».

وقد ذكر ابنُ تيمية بأنَّ **الذرائع الاصطلاحية** الواردة في كلام الفُقهاء، هي الوسيلة التي تفضي إلى **فِعْلٍ مُحرَّمٍ**[1].

أمَّا الوسيلة التي **تُفضي إلى فَسادٍ** ليس هو **فِعْلًا مُحرَّما** (كشرب الخمر المفضي إلى السُّكر، والزِّنا المفضي إلى اختلاط المياه)، أو كان **الشيءُ نفسُه فسادًا** (كالقتل والظُّلم)-: فليس هذا من الذَّرائع العُرْفيَّة في اصطلاح الفقهاء. إذْ نَعْلَم أنَّ المحظوراتِ إنَّما حُرِّمت لكونها فسادًا في نفسها، أو لكونها مُفضيةً إلى فَسادٍ، بحيث تكون هي في نَفْسها منفعةً، وهي مُفضيةٌ إلى ضَرَرٍ أكثرَ منها، فتحرم. ولو أننا أدْخَلْنا هذا في مُسمَّى الذَّرائع، لكان في ذلك إدْخالٌ لعامَّة المحرَّمات في الذَّرائع، وهذا وإنْ كان صَحيحًا مِنْ وَجْهٍ، فليس هو المقصودَ من الذَّرائع الاصطلاحِيّة. وهذه الوسائل التي ليست داخلةً في الإطلاق العُرفيِّ للذَّرائع، تُسمَّى: سَبَبًا أو مقتضيا ونحو ذلك من الأسماء[2].

وظاهِرٌ من التعريفات التي سُقتُها قبل تعريف القَرافي: أنها تعريفات للذرائع الاصطلاحية التي أشار إليها ابن تيمية. أمَّا ما

---

(١) ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل ٢٥٤.

(٢) ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل ٢٥٤. باختصار.

ذكره القرافي، فقد توسع في مفهوم الذَّرائع. وقد انتقد التقي السبكي وابنه اتِّساع القرافي في مسمى الذرائع، بحيث أدخل فيها ما ليس منها، ثم ادَّعى بعد ذلك أنَّ الكُلَّ قائلٌ بها، لكن الخلاف في الاتِّساع في القول بها. قال التقي: «...وقد أطلقَ هذه القاعدة على أعمَّ منها؛ ثمَّ زعم أنَّ كلَّ أحد يقول ببعضها؛ وسنوضِّح لك أنَّ الشَّافعيَّ لا يقول بشيء منها، وأنَّ **ما ذَكَر أنَّ الأمَّة أجمعت عليه ليس من مُسمَّى سدّ الذّرائع في شيءٍ**»[1]، «... **إنَّما أرادَ الشَّافعيّ** رَحِمَهُ اللَّهُ **تحريمَ الوَسائل لا سدَّ الذّرائع، والوسائلُ تَستلزِمُ المتوسَّل إليه...**»[2].

وتَحريرُ الأمر أنْ يُقال: هُنالِكَ إطْلاقاتٌ للذَّرائع الاصطلاحية، تختلف عموما وخصوصا؛ وهي ثلاثة إطلاقات: إطلاق خاص، وإطلاق عام، وإطلاق أعم:

الأوَّل: وهو الإطلاق الخاص، فهو ما كان فيه المتذرَّع إليه فِعْلاً حراما.

الثاني: وهو الإطْلاقُ العامّ. وهو ما كان المتذرَّع إليه مفسدة، أو فعلا حَرامًا. وهذا أعمُّ من الإطلاق الأوَّل عُمومًا مُطلَقًا. (وقد جَرَى على هذا كثيرٌ من المالكية في فُروع فقهِهم، فلا يقصرون الذرائع بما أدَّى إلى الفعل الحرام فقط).

---

(١) السبكي، الأشباه والنظائر ١/ ١١٩. وعنه: العطَّار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٢/ ٣٩٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٣.

(٢) المراجع السابقة.

الثالث: الإطلاق الأعمّ، وهو أعمّ من سابقه، وذلك بإدْراج الوسائل المستلزمة للمُتوسَّل إليه. على ما جَرَى عليه القَرافي.
وهذا أعم من سابقيه.

والذي يَقصِده المالكيةُ في خُصوص بُيوع الآجال، والبيوع عامَّةً، هو الإطلاقُ الخاصُّ؛ لذلك نَرَى أنَّ المالكية فيما تقدَّم من تعريفاتهم عرَّفوا الذَّرائع بهذا المفهوم.

وعلى هذا الملحظ يَنبَغي أنْ يُنزل كلُّ نقل وكلُّ نَصٍّ من كلام الفقهاء على مُراده ومقصوده من الذَّرائع.

وعلى هذا ففَرْقٌ في الإطلاق الخاصِّ للذَّرائع بين الوَسائل التي يُتطرَّق بها إلى فِعْلٍ ممنوع، وبين الوسائل التي تُفْضي إلى فَسادٍ، أو كان الشيءُ في نفسه فَسادًا.

نعم، الممنوعُ بما هو ممنوعٌ لا بُدَّ وأنْ يكون مشتملا للفساد. لذلك كان مَناطُ إلحاق حكم المتذرَّع إليه بالوسيلة المأذون فيها بالأصل-: هو الفسادَ.

وفي الأخير أخلُص إلى استنتاج رَكائز مفهوم سدِّ الذَّرائع عند المالكيَّة:

أوَّلا: الأصلُ في حكم الوسيلة في اقتِضائها الأصليِّ أنْ تكون مأذونا فيها، فليس من حقيقة الذَّرائع الوسائلُ المحرَّمة لذاتها، وإنَّما نَعْني بالذَّرائع الذَّرائعَ المباحة في ذاتها بالنَّظر الأوَّليِّ الذي يكون بقطع النَّظر عن الاعتبارات الأُخرى.

ثانيا: حكمُ الوسيلة بعدَ إعمال سدِّ الذَّرائع هو المنع؛ تنزيلا

لها منـزلةَ الغاية المتوسَّل إليها وهي الممنوع.

ثالثا: الإفضاءُ إلى المحظور يكون على أساسٍ من الظَّنِّ الذي هو معمولٌ به في أبواب الشَّريعة؛ أمَّا الوسائلُ التي تستلزم المحظورَ بذاتها فليست من حقيقة الذَّرائع، كما سيأتي الإبانة عنه في بحث أركان الذَّرائع إن شاء الله.

رابعا: مناطُ العُدول عن الاقتضاء الأصليّ إلى الاقتضاء التَّبعيّ: ترجُّحُ مفسدة المآل على المصلحة الأصلية للوسيلة.

خامسا: المتوسَّل إليه بالذَّريعة حُكمُه المنعُ، فالذَّرائع في إطلاقها الاصطلاحيِّ عند المالكيَّة تختصُّ بذرائعِ المحظور.

سادسا: سدُّ الذَّرائع تتعلَّق بكُلِّ أبواب الفقه، ولا اختصاصَ لها بباب العُقود دون غيرِه من الأبواب. لكن تختلف في مَدَى الإعمال تَبَعًا لاعتباراتٍ تَحْكُم ذلك.

التَّعريف المختار:

وتأسيسًا على المُرتكزات المستخلصة من تعريفات المالكيَّة، فإنَّ التَّعريف الأقربَ في نظري لأصل سدِّ الذّرائع عند المالكيّة هو:

«**منعُ الوسيلة المأذون فيها المفضية إلى الممنوع شَرْعًا إفْضاءً ظنيًّا؛ ترجيحًا لفَساد المآل على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصليّ**». وهذا تعريفٌ للذَّرائع الخاصَّة، فإنْ شئتَ أنْ تُعرِّف الذَّرائع بمفهومها العامِّ، فأضف: [أو فَساد]: «**منعُ الوسيلة المأذون فيها المفضية إلى ممنوع شَرْعًا [أو فسادٍ] إفضاءً ظنيًّا؛**

ترجيحًا لفَساد المآل على مَصلحة الوسيلة في اقتِضائها الأصليّ».

فدخل المرتكز الأوَّل في التَّعريف بقولي: «**الوسيلة المأذون فيها**».

ودخل المرتكز الثَّاني في التَّعريف بقولي: «**منع الوسيلة**».

ودخل المرتكز الثَّالث في التَّعريف بقولي: «**المفضية إلى الممنوع شرعا إفضاءً ظنيّا**».

ودخل المرتكز الرَّابع في التَّعريف بقولي: «**ترجيحا لفساد المآل على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصليّ**».

ودخل المرتكز الخامس في التَّعريف بقولي: «**المفضية إلى الممنوع شرعا**».

الفرع الثَّالث

أركان سدّ الذّرائع

أصلُ سدِّ الذَّرائع يقوم على أربعة أركان: الوسيلة، والمتوسَّلُ إليه، ومرتبة العلم بالإفضاء، وسببُ العُدول عن الحكم الأصليّ للوسيلة إلى حُكم المتوسَّل إليه.

الرُّكن الأوَّل: الوسيلة:

الوسيلةُ المتذرَّعُ بها إلى الممنوع هي الرّكنُ الأوَّل في أصل سدّ الذّرائع، وهي ما يُتوصَّل به إلى الممنوع ويكون طريقا إليه.

ومن تتبُّعي لكلام العلماء في مسألة سدّ الذّرائع تبيَّن لي أنَّ هناك خِلافا في الوسائل المستلزمة للمتوسَّل إليه؛ فمن العلماء من يُدخِلُ هذه الوسيلة في مفهوم الذّرائع كالقَرافيّ ومَن تبِعه على تقسيمه الذي سيأتي الإبانةُ عنه؛ ومنهم من اعترَض على إدراج هذا النَّوع في حقيقة الذّرائع؛ إذ فَرقٌ بين الوسائل المستلزمة للمتوسَّل إليه، وبين الوسائل التي لا يُقطَع فيها بالإفضاء إلى المتوسَّل إليه؛ فلا خِلاف يُعلَمُ في أنَّ الوسائل المستلزمة للمتوسَّل إليه ممنوعة؛ ذلك أنَّه لا يُعقَل أنْ يُمنَعُ الشَّيء ثمَّ لا يُمنَع ما أفضى إليه إفضاء تلازميّا.

ومن المعترضين على عدِّ هذا النَّوع من الوسائل في قَبيل

الذّرائع تقيُّ الدِّين السُّبْكيّ وابنُه تاج الدِّين:

قال تاجُ الدين السّبكيّ مُعقِّبا على القرافيّ: «وقد أطلقَ هذه القاعدة على أعمّ منها؛ ثمَّ زعم أنَّ كلَّ أحد يقول ببعضها؛ وسنوضِّح لك أنَّ الشَّافعيَّ لا يقول بشيء منها، وأنَّ **ما ذكر أنَّ الأمَّة أجمعت عليه ليس من مسمَّى سدّ الذّرائع في شيء**»[1].

وقد اعترض التَّقيّ السّبكيّ على ابن الرِّفعةِ حيثُ خرَّج قولَ الشَّافعيّ بسدِّ الذّرائع من فرع فقهيٍّ مستند على الوسائل المستلزمة للمتوسَّل إليه؛ فقد ذكر الشَّافعيّ ﷺ في باب إحياء الموات من «الأم» عند النَّهي عن منع الماء ليمنع به الكلأ: «أنَّ ما كان ذريعة إلى منع ما أحلَّ الله لم يحلّ، وكذلك ما كان ذريعةً إلى إحلال ما حرَّم الله تعالى»[2]؛ فقال ابنُ الرِّفعة: «في هذا ما يُثبِتُ أنَّ الذّرائع إلى الحرام والحلال تُشبِهُ معاني الحلال والحرام»[3].

فنازَعه التّقيّ السّبكيّ فقال: «**إنَّما أراد الشَّافعيّ رحمه الله تحريمَ الوسائل لا سدّ الذّرائع، والوسائلُ تَستلزِمُ المتوسَّلَ إليه**؛ ومن هذا منع الماء فإنَّه يستلزم منع الكلإ الذي هو حرامٌ، ونحن لا نُنازِعُ فيما يستلزم من الوسائل؛ ولذلك نقول من حبس شخصا

---

(١) السبكي، الأشباه والنظائر ١/ ١١٩. وعنه: العطّار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٢/ ٣٩٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٣.

(٢) الشافعي، الأم ٤/ ٥١، السبكي، الأشباه والنظائر ١/ ١١٩، العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٢/ ٣٩٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٣.

(٣) السبكي، الأشباه والنظائر ١/ ١١٩-١٢٠، العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٢/ ٣٩٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٣.

ومنعه من الطَّعام والشَّراب فهو قاتل له؛ **وما هذا من سدّ الذّرائع في شيء... وكلامُ الشَّافعيِّ في نفس الذَّرائع لا في سدِّها، وأصلُ النِّزاع بيننا وبين المالكيّة إنَّما هو في سدِّها**»[١].

وقد سَبقَ إلى هذا التَّحقيق الإمام أبو العبَّاس القرطبيّ المالكيّ، فقد عَدَّ الوسائلَ المستلزمةَ للمحظور ممَّا لا دَخْلَ لها بباب الذّرائع؛ وإنَّما يختصُّ بابُ الذّرائع بالوسائل التي لا يلزم عنها الممنوع؛ قال القُرطبي: «اعلم أن ما يفضي إلى الوقوع في المحظور:

إمَّا أنْ يلزم منه الوُقوع قطعا أو لا. **والأوَّل ليس من هذا الباب**، بل من باب ما لا خَلاصَ من الحرام إلَّا باجتنابه، ففِعْلُه حَرامٌ، من باب ما لا يَتمُّ الواجِبُ إلَّا به فهو واجِبٌ.

والذي لا يلزم: إمَّا أن يُفضي إلى المحظور: (١)غالبا، أو (٢)ينفكّ عنه غالبا، أو (٣)يتساوى الأمران **وهو المسمّى بـ «الذّرائع» عندنا**»[٢].

بل قد سَبَقَ الجميعَ إلى عدم عدِّ الوسائل المستلزمة في نفسها للممنوع القاضي أبو الوليد الباجيُّ حيثُ قال في «المنتقى»: «الذّرائعُ يَقوى منعُها بتكرُّر القصد إليه والغرض فيه، فيُعبِّرُ عنه أصحابُنا بقُوَّة التُّهَمَة فيه، ويَضْعُفُ وَجْهُ المنع بقلَّة قَصْده، وذلك فيما يَحتمِلُ وُجوهًا من الصِّحة ووَجْهًا أو وُجوهًا من الفساد

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٠.

المقتضي للمنع، فيحمل على المقصود من تلك الوُجوه؛ **وأمَّا ما كان الفسادُ له لازِما فإنَّ ذلك ممنوعٌ لنفسِه»**[١].

وهذا الذي تمَّ تحريرُه ممَّا يظهر من كلام ابن العربيّ حيثُ قال في «العارضة» في مسألة الصلاة على الميِّت في المسجد: «إلَّا أنَّ مالِكًا لاحتِراسه وحَسْمِه للذَّرائع مَنَع من إدخالهم في المسجد؛ لأنَّ النَّاس يَسترسِلون في ذلك... **وحَسْمُ الذَّرائع فيما لا يكون من اللَّوازم أصْلٌ في الدِّين»**[٢] فجعل الذّرائع التي تُحسَمُ ممَّا لم تكُن من قَبيل اللَّوازم.

ولا تختصُّ الذّرائع التي يجب سدُّها ومنعُها بالأفعال، وإنَّما تَشمَل إلى جانب الأفعال تركَ الأفعال التي يُتوسَّل بها إلى الممنوع[٣].

الرُّكن الثاني: والمتوسَّلُ إليه:

المتوسَّلُ إليه أو المتذرَّعُ إليه هو المحظورُ الذي تُفضي إليه الوسيلةُ المتذرَّعُ بها إليه، ومن طبيعة هذا الممنوع أنْ يكون مُحتَقِبًا للفساد الذي من أجْله مُنِعَ شرعًا؛ إذ الشَّرعُ لا يَمنَعُ ما فيه الصّلاحُ الراجح؛ حكمةً منه تعالى ورحمةً بالخلق. وعليه، فمِنْ شَرْط المتوسَّل إليه أنْ يكون ممنوعا محظورا، ليكون داخلا في مفهوم

(١) الباجي، المنتقى ٤/ ١٦٤-١٦٥.

(٢) ابن العربيّ، عارضة الأحوذي ٤/ ١٩٩-٢٠٠، الحطاب، مواهب الجليل ٢/ ٢٣٩، عليش، منح الجليل ١/ ٥١١.

(٣) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٥٧.

سدِّ الذّرائع التي قالت به المالكيّة ومَن تبعهم من أهل المذاهب؛ لأنَّ المنع من الذّرائع هو إعطاءُ الذّريعة حكمَ المتذرع إليه، فإذا لم يكُن المتذرَّعُ إليه محظورا لم يكُن هنالك في المنع من الذّرائع إعطاءُ الذّريعة حكمَ المتذرَّع إليه.

وهذا على الإطلاق الخاصِّ للذَّرائع.

أمَّا على الإطلاق العامِّ، فإنَّ المتذرَّع إليه: إمَّا أنْ يكون فعلا محظورًا، وإمَّا أنْ يكون مفسدةً. على أنْ تكون المفسدة هذه أرْجَحَ من مصلحة الوسيلة، لتُمنع الوسيلة المفضية إلى هذا الفساد.

تنبيه: وممَّا ينبغي الإلماعُ إليه في هذا المقام أنَّ للذَّرائع إطلاقين، من جِهةٍ أخرى غير ما تقدَّم: إطلاقٌ عامٌّ، وإطلاقٌ خاصٌّ. أمَّا الإطلاق العامّ: فيُراد بالذّرائع فيه مُطلَق الوسائل، بغضِّ النَّظر عن إفضائها إلى المصالح أو المفاسد؛ فهو استعمالٌ للذَّرائع بمفهومها العربيِّ، وعلى هذا الإطلاق يشمل إلى جانب سد الذرائع فتحَ الذّرائع.

أمَّا الإطلاق الخاصّ: فيُرادُ به الذَّرائع التي تكون وَسيلةً إلى خُصوص المحظور؛ وهو المعنى الذي يَكثُر تَداوُله، والذي سَبَق تعريفه.

وعليه، فيجب أن يُلحَظَ هذا التَّنوُّعُ في الإطلاقات، فمن العُلماء مَن يَجري في كلامه الإطلاقان، ففي مَواضعَ يُريد المعنى الخاصّ، وفي مواضعَ أُخرَى يُريد المعنى العامَّ.

الرُّكن الثَّالث: مرتبة العلم بالإفضاء:

تقدَّم قريبًا أنَّ القطع بحُصول الممنوع من الوسيلة فيما كان طريقُه التَّلازم بين الوسيلة والمتوسَّل إليه، ليس داخِلا على التَّحقيق في مُسمَّى الذّرائع الاصطلاحيَّة. وعليه، فإنَّ مَرتبة العلم المعتمَدة في المنع من الذَّرائع هي مرتبةُ الظَّنّ بمُختلَف رُتبِها، من الظَّنِّ الغالب فما دونه. وسيأتي لهذا الرُّكن مزيدُ بَيان.

الرُّكنُ الرّابع: مَناطُ العُدول عن الاقتضاء الأصليِّ إلى الاقتضاء التبعيِّ:

أمَّا عن مَناطُ العُدول عن الحكم الأصليِّ للوسيلة إلى حُكم المآل، وهو حُكْمُ المتذرَّع إليه-: فهو تَرجُّحُ مفسدة المآل على مصلحة الوسيلة؛ إذْ أفضت عَمليَّةُ الموازنة بين مصالحِ الأصل ومصالح المآل إلى أنْ قَوِيَ اعتبارُ مفسدة المآل على ما يُستجلَبُ من مصلحة الأصل؛ والأصلُ المقرَّرُ في الشَّرْع أنَّ المفسدة الرّاجحةَ واجبةُ الدَّفع والمنع على المصلحة المرجوحة؛ ومِنْ ثَمَّ مُنعت الذّريعةُ وسُدَّت ترجيحًا لهذا المآل.

فسَدُّ الذّرائع إنَّما يكون تطبيقُه في حال الانتقال من الإباحة إلى الحظر؛ لأنَّ المصلحة التي كانت مَناطًا للحِلّ والإباحة قد انخرمت بما سَبَّبه المكلَّفون من إجْراء الفعل على خِلاف ما قَصَدَ إليه الشَّارعُ من مصلحة؛ فكان لِزاما -جَرَيَانًا مع معقوليَّة هذه الشَّريعة- أن يَنتقِلَ الحكمُ من الإباحة إلى غيرها؛ حِفاظًا على مقصود الشَّارع أنْ يُخرَم.

المطلب الثَّاني

الإطلاقات المرادفة لأصل سدِّ الذَّرائع، والألفاظ ذات الصِّلة به

للمالكيَّة بعضُ الإطلاقات مُرادِفة للذَّرائع الاصطلاحيَّة عندهم، وبعضها لها بها صِلةٌ؛ فمنْ هذه الإطلاقات التي وَقفتُ عليها:

١- **الوَسائل**: قال القَرافيّ: «وربَّما عُبِّرَ عن الوسائل بالذَّرائع؛ وهو اصطلاح أصحابنا، وهذا اللَّفظُ المشهور في مذهبنا، ولذلك يقولون سدّ الذّرائع»[١]. غير أنَّ الوسائل عادة ما تُطلَق على مطلق التوسل، بقَطْع النظر عن المتوسَّل إليه، فكلُّ ذَريعة وَسيلة، لكن ليس كل وسيلة ذريعة، إذ الذرائع تختص حال الإطلاق على ذرائع المحظور.

وسَبَقَ في كلام تقيِّ الدين السبكي تفرقته بين الوسائل والذرائع، فالوسائل مخصَّصةٌ عنده بما أفْضَى إلى الممنوع على جِهة اللُّزوم. وبهذا فإنَّ الذَّرائع عند بعضهم تختلف في مفهومها عن الوسائل[٢].

٢- **الشُّبهة**: قال القاضي ابنُ العربيّ: «...وأمَّا المعنى، فإنَّ

(١) القرافي، الفروق ٢/ ٣٢.

(٢) السبكي، الأشباه والنظائر ١/ ١١٩-١٢٠. وعنه: العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٢/ ٣٩٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٣.

مالِكًا زادَ في الأصول مُراعاةَ الشُّبهة، وهي التي يُسمِّيها أصحابُنا الذَّرائع»[١]، وقال: «وأمَّا الشُّبهةُ، فهي في ألسنة الفقهاء عبارةٌ عن: كلِّ فعل أشبهَ الحرام فلم يكُن منه ولا بعُدَ عنه، ويُسمِّيها علماؤنا الذَّرائع. . .»[٢].

وقد قيل عن مذهب مالك إشارةً إلى سدّ الذّرائع: «ومذهبُه عُمَرِيٌّ؛ سدُّ الحِيَل واتّقاءُ الشُّبهات»[٣].

فمُراعاة الشُّبهة عند المالكيّة - فيما قال ابن العربيِّ - هو منعُ الذّريعة وقطعُها لمَّا كانت هذه الذّريعةُ مُثيرةً لشُبهة التَّوسُّل بالمأذون فيه إلى الممنوع منه. ولفظةُ الشُّبهة تتضمَّن معنى زائدا: وهو أنَّ إفضاء الوسيلة إلى الممنوع لا يكون على سَبيل القطع؛ بل إنَّها تدلُّ على الإفضاء الذي لم يَرْقَ إلى مرتبة اليقين، وإلا لكان حراما لا شبهة فيه.

على أنَّ الظَّاهر من إطلاق الشُّبْهة أنها أعمُّ مِنْ أنْ تكون مُختصَّةً بالذَّرائع، فليس كلُّ شبهةٍ ذَريعةً، وكلُّ ذريعة تتضمَّن شُبهةَ كونها حَرامًا. وهذا ما يشهد له قول ابن العربي في الأحكام: «. . . الشُّبُهات، ومنها الذَّرائع»[٤].

٣- التُّهَمَة: ومِنْ إطلاقات المالكيّة للذّريعة إطلاقُهم لفظة

---

(١) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٧٧٩.

(٢) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٧٨٦.

(٣) الصاوي، بلغة السالك ١/ ١١٧.

(٤) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٢٧٠.

التُّهَمَة[١]؛ فيقولون: مُدرك المنع من هذا أنَّ مالِكًا اتَّهم العاقدين على القصد إلى الرِّبا[٢]. ذلك أنَّ مَنْعَ المالكيَّة للذَّرائع كان على أساس اتِّهام الناس بقَصْدهم تناوُلَ تلك الوسيلة للتذرُّع بها إلى الحرام. والذرائعُ عندهم تُعمَل إنْ قَوِيَت التهَمةُ في القصد إلى الحرام، أمَّا إنْ ضَعُفت التُّهَمَةُ، لم يُعمِلوا أصْلَهم هذا.

وظاهِرٌ أنَّ التُّهَمَةَ تتَّجِهُ إلى القَصْد، أمَّا الشبهةُ فمُتَّجِهةٌ لاحتِمال إفْضاء الوسيلة إلى الحرام.

والمالكيّةُ يُنوِّعون العِبارَةَ عن مَعنى سدِّ الذَّرائع؛ فيقولون: **حِماية الذّريعة**[٣]، **وحَسْمُ الذّريعة**[٤]، **ومنعُ الذّريعة**[٥]، **وقطعُ الذّريعة**[٦]، **وقاعدة الذّرائع**[٧].

ومن الألفاظ التي قد تَلْتبِسُ بسدِّ الذرائع اصطلاحُ الحيل؛ لذا سأفردُها بالبيان، مُظهِرًا وُجوهَ الفَرْق بينها وبين أصل سَدِّ الذَّرائع:

تعريف الحِيَل:

قال الشَّاطبيُّ عن **قاعدة الحيل**: «**حقيقتُها المشهورة: تقديمُ**

---

(١) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١٠٥/ب، المقري، القواعد رقم ٨٧٠.

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٥.

(٣) المقري، القواعد رقم ٩٩٥، المواق، التاج والإكليل ٦/ ٢٧٠، حاشية العدوي على الخرشي ٥/ ٥٣، القرافي، الفروق ٣/ ٢٦٩.

(٤) المواق، التاج والإكليل ٦/ ٢٦٧-٢٦٨.

(٥) ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٣٦١.

(٦) ابن عبد البر، الكافي ١/ ٣٢١.

(٧) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٩٨.

عَمَلٍ ظاهرِ الجواز لإبطال حكم شرعيّ وتحويله في الظّاهر إلى حكم آخر، فمآلُ العمل فيها خرمُ قواعد الشّريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول فِرارًا من الزّكاة، فإنَّ أصلَ الهبة على الجواز، ولو مَنَعَ الزّكاة من غير هبة لكان ممنوعًا، فإنَّ كلَّ واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جَمَعَ بينهما على هذا القصد صارَ مآلُ الهبة المنعَ من أداء الزّكاة، وهو مفسدةٌ؛ ولكن هذا **بشَرْط القَصْد إلى إبْطال الأحكام الشّرعيّة**»[١].

وسأسوقُ أهمَّ ما يُفرَّق به بين أصلِ سدِّ الذّرائع وبين قاعدةِ الحِيَل:

● **الفرق الأوّل: جِهةُ القَصْد أو عَدَم القصد إلى الممنوع:**

من أهمِّ خصائص سدِّ الذّرائع: عدمُ اشتراط القصد إلى الفعل المحظور، فسواءٌ في الاعتبار والنّظر أنْ يَتقصَّد الفعلَ المحرَّم أو لا يتقصَّد، فالمنعُ لاحِقٌ به وجارٍ عليه. أمَّا الحِيَلُ فإنَّ من أهمّ ما يُميِّزُها أنْ تكون مقرونةً بقَصْد فاعِلِها؛ إذْ لا يُعدُّ في سِلك الحيل الأفعالُ التي لا قَصْدَ لصاحبها إلى إحْلال الممنوع؛ وقد تقدَّم قريبا اشتراطُ الشّاطبيّ في الحيل أن يَقصد إليها المتحيِّل[٢].

قال علّال الفاسيّ: «والفرق بين الذّريعة والحيلة: أنَّ الأُولى لا يلزَم أنْ تكون مقصودةً، والحيلةُ لا بُدَّ من قصدها للتَّخلُّص من

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠١.

(٢) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥-٣٦٦.

المحرَّم»(١).

والأصلُ الذي لا اختلاف فيه أنَّ مَن قَصَدَ بالذَّريعة المحرَّمَ فقد رَكِبَ الإثم، وأن ذلك حرام من قاصده. والذَّرائع إنَّما موضوعُها المنعُ من الوسائل التي يُخشى أنْ تُتَّخَذَ وسائلَ لإحلال المحرَّم، فالنَّظرُ الأَوَليُّ لم يكُن متَّجها إلى خُصوص قُصود النَّاس؛ لأنَّ من النَّاس مَنْ يقصد ومنهم من لا يقصد؛ لكن حِمايةً لمحارم الله مُنِعَ الباب وحُسِمَت الذَّريعة لئلّا يَتَتايَعَ النَّاسُ في هذه الذَّرائع فيفضي ذلك إلى الوُقوع في الحَرام، فسُدَّ هذا البابُ رَأْسًا.

ولو قُيِّدَ اعتبارُ أصل الذَّرائع بالقُصود لم يكُن لهذا الأصل معنى؛ بيانُه: أنَّ تعليق حكم الذَّرائع بخُصوص القُصود يُفضي إلى أنْ يُجعَل النَّاسُ طائفتين: الأولى: مَنْ قَصَد إلى الحرام فيُمنع، وهذا مُتَّفقٌ عليه. والطائفة الثانية: مَنْ لم يَقصِد إلى الحرام، فلا يُمنَع. فيرتفع بذلك الخلافُ؛ وهذا خِلافُ الواقع؛ وعليه لَزِمَ عدمُ اعتبار القَصْد في الخُصوص في المنع مِن الذَّرائع. وأصلُ الذَّرائع مَوضوعٌ على خِلاف ذلك، لأنَّ المنع إنما يكون عامًّا ولا يُنظَرُ إلى خُصوص الناس؛ لأنَّ العلَّة التي مِنْ أجْلها مُنِعَت الذَّرائعُ هو خَشيةُ تطرُّق النَّاس بهذه الوسائل إلى المحرَّمات.

كذلك فإنَّ النَّظرَ في سدِّ الذَّرائع هو نَظرٌ في نَتائج المآل؛ فإذا كانت الوسائلُ تُفضي إلى مَفاسدَ ناتجة عن المحظور المتذرَّع إليه،

---

(١) علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ١٦١، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥-٣٦٦، ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٣/ ٢١٤-٢١٥.

فإنَّ الباب يُحسم ويُمنع، بغَضِّ النَّظر عن قصد كلِّ فرد[١].

وهذا الفارِقُ له ارتباطٌ وَثيقٌ بالفرق الثَّاني، وهو النَّظرُ العُموميُّ في أصل الذَّرائع، والنَّظر الخصوصيُّ في قاعدة الحيل.

● **الفرق الثَّاني: جهة العموم أو الخصوص:**

ومِنْ أهمِّ الفوارق التي يُميَّز بها بين سدِّ الذّرائع والحيَل: أنَّ النَّظر في الحيَل نَظَرٌ جُزئيٌّ بآحاد النَّاس وأفرادهم، في حين يكون النَّظرُ في سدِّ الذّرائع نَظَرًا كلِّيًّا متعلّقا بالعموم. والسَّببُ في الخصوصيَّة في باب الحيل، أنَّ مَناطَ الحُرمة فيها متعلِّقٌ بالقصد غيرِ المشروع الذي يستبطنُه المُتحيِّلُ، فقصدُه متوجِّهٌ لإبطال مقصدٍ من مقاصد الشَّرع، ومَن كان ساعٍ في ذلك فعملُه في ذلك باطلٌ غير مشروع، فلزِمَ أنْ يكون المنعُ والإباحة مرتبطتين بمناطهما وهو القَصْدُ، ومحلُّ القصد هو خُصوص الأفراد؛ فثَبَتَ بهذا أنَّ النَّظر في الحيل نظرٌ بالخصوص.

أمَّا سدّ الذّرائع فحكمُها حكمٌ كليٌّ عامّ، فإذا سُدّ بابٌ من الأبواب فإنَّما يُسَدّ على كلّ النَّاس لا على أفراد مُعيَّنين؛ لأنَّ انقداح الخوفِ والخشيةِ من التَّطرق بالوسيلة إلى الممنوع لم يكُن بالنَّظر إلى فرد بحاله؛ بل إنَّما كان بتلمُّح أحوال كثير من النَّاس، فأثار ذلك في نفس المجتهدِ الظَّنَّ الباعِثَ له على منعِ الباب كلِّه، وحسم مادَّته، وقطعِ وسيلتِه.

قال ابنُ عاشورٍ في مبحث سدّ الذّرائع: «**ولهذا المبحث تَعلُّقٌ**

---

(١) أبو زهرة، مالك ص/ ٣٢٤-٣٢٦.

قويٌّ بمبحث التحيُّل؛ إلا أنَّ التَّحيُّل يُراد منه أعمالٌ أتاها بعضُ النَّاس في خاصَّة أحواله للتَّخلُّص من حقّ شرعيّ عليه بصورة هي أيضا معتبرةٌ شرعا، حتَّى يُظنّ أنَّه جارٍ على حُكم الشَّرع. وأمَّا الذّرائع فهي ما يُفضي إلى فساد، سواءٌ قصد النَّاس به إفضاءَه إلى فساد أم لم يقصِدوا، وذلك في الأحوال العامَّة. فحصل الفرق بين الذّرائع والحيل من جهتين: (١) **جهة العموم والخصوص**، (٢) **وجهة القصد وعدمه**»[١].

وقال: «وليس القولُ في سدِّ الذّرائع ورَعْيِ المصالح المرسلة بأقلّ أهمية من القول في الرخصة، وتعلقهما بمجموع الأمة من **خواصِّهما بحيث لا يُفرَضان في أحوال الأفراد**»[٢].

● **الفرق الثَّالث: من حيث استلزام إبطال المقصد الشَّرعيّ:**

من لوازم باب الحيل أن يتحصل منه إبطالُ مقصد من مقاصد الشَّرع[٣]؛ إذ الباعثُ للمتحيِّل في سُلوك سبيل الحيل هو إبطالُ حكم شرعيّ لازم له أو حقّ ثابت عليه؛ فلو لم تكُن مُبطِلةً لما كان للحيَل من معنى؛ وعليه فإنَّ الحيل لا بُدَّ من كونها مُبطِلةً لمقصد من مقاصد الشَّرع.

أمَّا الذّرائع فلا يلزم منها الإبطالُ؛ لأنَّ الإفضاء في الذَّرائع إلى الممنوع لا يُشتَرَط فيه القطعُ؛ بل يُكتَفى بالظَّنّ أو ما داناه، وإذا

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥-٣٦٦.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٠٦.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٤/ ٢٠١.

اكتُفِيَ بذلك عُلِمَ قطعا تخلّف إبطال مقصد من مقاصد الشَّرع في كثير من الأفراد؛ وإذا تخلّف في تلك الأفراد ارتفع وصفُ اللّزوم بين الذّرائع وبين إبطال المقصد الشَّرعيّ.

قال ابنُ عاشور في سياق بيانه للفرق بين الحيل وسدّ الذّرائع: «الحيل المبحوث عنها لا تكون إلّا مُبطلَةً لمقصد شرعيّ، والذّرائع قد تكون مُبطلة لمقصد الشَّارع من الصَّلاح وقد لا تكون مُبطلة»[1].

وهذا الفرقُ له بالفرق الأوَّل تعلّق قويٌّ؛ ذلك أنَّ القصد في الحيل إنَّما يتوجَّه إلى إبطالِ مقصد الشَّرع.

ونَفيُنا للُزوم الإبطال في سدِّ الذَّرائع، هو بالنَّظَر الخُصوصيِّ إلى الأفراد. أمَّا إنْ نَظَرْنا إلى العُموم فيَلْزَم مِنْ عَدَم سدِّ الذَّرائع حُدوثُ الإبطال؛ إذْ ذلك مَناطُ المنع في الذَّرائع!

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥-٣٦٦.

المطلب الثَّالث

أهمـيَّـة قاعـدة سدّ الذّرائع

يُعدُّ أصلُ سدّ الذّرائع من أجلِّ الأصول التي لها بالغُ الأهميَّة في باب الاجتهاد بالرَّأي؛ فهو من الأصول الجليلة التي يُتلافَى بها الفَسادُ، ومن الطُّرق الوقائيَّة التي تُنصَبُ لئلّا يَتورَّطَ الخلقُ في المحرَّمات التي نهى الشَّرعُ عنها. وإنَّ لذلك لموقعا ذا أهميّة كُبرى في السِّياسة الشَّرعيَّة؛ إذْ إنَّ السِّياسة الحكيمة والإيالة الرَّشيدة تقْضي أنْ لا يُنتظَر وُقوعُ الفساد فيسعى لرفعه واجتثاثه؛ وإنَّما يكون الرَّشادُ والحكمةُ بقَطع الطَّريق التي يُتوسَّل بها إلى الفساد؛ لأنَّ مَنْع اَلمبادي أهونُ من قَطْع التَّمادي، كما يقول الجوينيّ[١].

قال الشّيخ محمَّد الخضر حسين: «ولهذه القاعدة المعروفة بسدّ الذّرائع وفتحها فائدةٌ عظيمةٌ، ومَدخلٌ في مواقع السِّياسة بديعٌ»[٢].

وهذا الأصل التَّشريعيُّ هو من الأصول التي بُنِيَ عليها التَّشريعُ الإسلاميُّ ذاتُه؛ إذْ عُلِمَ على وَجْه القطع باستقراء تصرُّفات الشَّارع في أحكامه أنَّ الشَّارع نهى عن بعض التَّصرُّفات والأفعال لا لأنَّها مفاسدُ في ذاتها، ولا لكونها مُستلزمة للفساد؛ وإنَّما نهى عنها لما

(١) الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم فقرة: ٢٦٩.

(٢) محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٤.

قد يُظنُّ من تتايُع النَّاس في ذلك من انجرارٍ إلى المنهيِّ عنه؛ فحُسِمَ الطَّريق توقّيا من الفَساد قبل حُلوله.

وقد عَدَّ بعضُ المالكيَّة سدَّ الذّرائع من خَصائص هذه الشَّريعة عن باقي الشَّرائع من حيثُ مُبالغتُها في حَسْم الذّرائع وقَطْعِها؛ إذْ كان البناء على هذا الأصل ولحظُه في التَّشريع اعتياضًا عن التَّشديد والمبالغات في العُقوبات التي كانت في الشَّرائع السَّابقة؛ قال الشَّيخ ابن عاشور رَحِمَهُ ٱللَّهُ مُعلِّقا على قول القَرافي: «الكليَّات الخمس حَكَى الغزاليُّ وغيره الإجماع من المِلَل على اعتبارها..»- : «يعني: أنَّ الخلاف بين المِلَل في وَسائلها، فالمِلَلُ الماضيةُ لَمْ تَكُن تَسدُّ سائرَ الذّرائع، وكانتْ تُشدِّدُ العُقوباتِ، **والإسلامُ اعْتاضَ عن تَشْديد العُقوبات بسدِّ الذّرائع**؛ وذلك أقطعُ للجرائم، وأصلحُ للنَّاس، وأنسب بالحالة التي بَلغَ إليها البَشَرُ وَقْتَ تشريع الله تعالى لهم شرعَ الإسلام، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ﴾ [آل عمران: ١٩]»[1].

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ١٦٣، التحرير والتنوير ٣/ ١٩٥-١٩٦، القرافي، الفروق ٤/ ٣٣.

المطلب الرَّابع

صِلةُ سدِّ الذَّرائع بقاعدة الوسائل والمقاصد، وبقاعدة المآل

الفرع الأوَّل

صِلَةُ سَدِّ الذَّرائع بقاعِدَة الوَسائل والمَقاصِد

أصلُ سدّ الذّرائع يُعدُّ شُعبةً من شِعاب قاعدة الوسائل والمقاصد، وفرعًا من فروعها، وفَنَنًا من أفنانها؛ قال الطَّاهر بن عاشور: «وهذه القاعدةُ تندرِجُ تحت قاعدة الوسائل والمقاصد، فهذه القاعدة شُعبةٌ من قاعدة: إعطاء الوسيلة حكم المقصد خاصّة بوسائل حصول المفسدة»(١).

فالنَّظر في الأفعال والتَّصرُّفات يُفضي إلى تقسيم ذلك إلى ما هو من المقاصد التي تُطلَبُ لذاتها، وإلى ما كان من قَبيل الوسائل التي تكون وُصلَةً إلى المقاصد وطريقًا إليها.

فموارِدُ الأحكام على قسمين(٢):

---

(١) ابن عاشور، التحرير والتنوير ٦/ ٤٣١-٤٣٢.

(٢) القرافي، الفروق ٢/ ٣٣، شرح تنقيح الفصول ٤٤٩، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٥، المقري، القواعد رقم ١٤٥، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٧-٢٢٨.

القسمُ الأوَّل: المقاصد، وهي المتضمِّنة للمصالح والمفاسد في أنفسها.

والقسم الثَّاني: الوسائل، وهي الطُّرق المفضيةُ إلى المقاصد، وحكمُها حكمُ ما أفضت إليه من وُجوب أو غيره؛ إلَّا أنَّها أخفضُ رُتبةً في حكمها ممَّا أفضت إليه؛ والوسيلةُ إلى أفضل المقاصد أفضلُ الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبحُ الوسائل، وإلى ما يتوسّط مُتوسِّطة[١].

كما ليسَ كلُّ وسيلة يجب سدُّها؛ بل الوسيلةُ كما يجب سدُّها يجبُ فتحُها، وتُكرَه وتُندَب وتُباح، بل قد تكون وسيلةُ المحرَّم غير محرَّمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة[٢].

وممَّا يتعلَّقُ بمبحث الوسائل والمقاصد مسألةُ «فتح الذّرائع»، فإذا كان مَناطُ سدّ الذّرائع هو لحظَ المفسدة الرَّاجحة الناتجة عن الذّريعة مآلا، فإنَّ هذا المنطقَ يَسْري على لحظ المصالح الرَّاجحة المتفصِّية عن الوسيلة مآلا؛ فيجب على هذا المنطق أنْ تُفتَح الذّريعةُ وإنْ كانت ممنوعةً في الأصل، ويكون الطَّلَبُ فيها على حَسَب رُتبة المقصد[٣].

فالنَّظرُ في مآل الوسائل والموازنة بين المصالح والمفاسد

---

(١) القرافي، الفروق ٢/ ٣٣، شرح تنقيح الفصول ٤٤٩، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٥، المقري، القواعد رقم ١٤٥.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤١، الفروق ٢/ ٣٣، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٥، المقري، القواعد رقم ٢٣١،

المتفصِّية عنها هو الطَّريق إلى تحديد الحُكم الشَّرعيِّ للوسائل؛ قال حلولو: «إنَّ الشَّيء قد يكون عند تجرّده مُشتمِلا على مفسدة فيُمنع، ثمَّ إذا أفضى إلى مصلحة راجحة أو اشتمل عليها اضمحلَّت تلك المفسدةُ في نظر الشَّرع وصارَتْ مصلحةً مأمُورًا بها»[1].

ومن أمثلة ذلك: التَّوسُّلُ إلى فِداء الأُسارى بدَفع المال للحربيِّين، فدفعُ المال إليهم حَرامٌ؛ لأنَّ فيه تقويةً لهم على المسليمن، غيرَ أنَّ هذه الوسيلة المحرَّمة في الأصل ارتَفَع عنها هذا الوَصْفُ؛ لمّا أفضت إلى مصلحة راجحة وهي افتكاك المسلمين من الأسر[2].

وكذلك: دَفْعُ مال لرجل يأكله حَرامًا حتى لا يرتكب ظُلما بالغير، إذا عجز عن دفعه عن الظُّلم إلا بذلك.

فهاتان الصُّورَتان: الدَّفع فيهما وسيلةٌ إلى المعصيَّة، ومع ذلك فهو مأمورٌ به لرُجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة[3].

---

(١) حلولو، التوضيح في شرح التنقيح ٤٠٤-٤٠٥.

(٢) القرافي، الفروق ٢/ ٣٣، شرح تنقيح الفصول ٤٤٩، وخرَّج القَرافيّ حُرمة دفع المال للحربيّ على أساس أنَّ الكفَّار مخاطبون بفُروع الشَّريعة، فأخذهم للمال حرامٌ عليهم، ودفعُ المسلم له إليهم إعانةٌ على الحرام؛ فكان حَراما. والتَّخريجُ الذي ذكرتُه أحسن. ثم رأيتُ ابن عاشور أشار إلى هذا المعنى في حاشيته على شرح التنقيح، فانظرها لزاما، ٢/ ٢٢٦.

(٣) القرافي، الفروق ٢/ ٣٣.

الفرع الثَّاني

صلة سدِّ الذَّرائع بقاعدة اعتبار المآل

أصلُ سدِّ الذّرائع من أصول النَّظر في المآل، فالمجتهد إنَّما يَحكُم في المسائل التي تعرِضُ له بحكم المنع أو الإباحة أو غيرها من الأحكام بعد النَّظر المليّ في مآل ما يُسفِرُ عنه فعلُ المكلَّف، فالفعلُ المشروع في الأصل إذا أدّى في مآله إلى مفسدة تربُو المصلحة التي تنتج عن الفعل في أصله، أو أنَّ ذلك يفوِّتُ مصلحة أعظمَ من مصلحة الأصل، فإنَّ البَقاء على أصل المشروعيَّة ممَّا يُناقِضُ معقوليَّة التَّشريع.

وقد جَعَل الشَّاطبيُّ قاعدةَ سدِّ الذّرائع من القواعد التي تُبنى على أصل اعتبار المآل؛ قال الشَّاطبيُّ في سِياق تقريره لأصل النَّظر في المآل: «وهذا الأصلُ يَنبَني عليه قواعدُ:

منها: قاعدةُ الذّرائع، التى حَكَّمها مالكٌ فى أكثر أبواب الفقه؛ لأنَّ حقيقتها التَّوسُّل بما هو مصلحة إلى مفسدة. . .»[1].

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/١٩٨-٢٠٠.

المطلبُ الخامِسُ

علاقةُ سدِّ الذّرائع بالمصالح والمفاسِد

إنَّ الأساس الذي يقوم عليه أصلُ منع الذّرائع وحَسْمِها، هو منطقُ التَّوازُن بين المصالح والمفاسد؛ فالذَّرائعُ التي يجب سدُّها هي الذَّرائعُ التي غَلَبَ فيها فَسادُ مآلها ورَجَح على مصلحة أصلِها؛ ومأخَذُ هذا الأصل هو الشَّرعُ نفسُه؛ قال ابنُ عاشور: «فاعتبارُ الشَّريعة بسدّ الذّرائع يحصل عند ظهور غلبة مفسدةِ المآل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذّريعة الواجبُ سدُّها»[1].

فإذا تُؤُمِّلت الذَّرائعُ التي قال العُلماء بوُجوب سَدِّها، وقُورِنت بالذّرائع التي قالوا بعَدم سدِّها -على طريقة القَرافي وأتباعه-، تَجلَّى مَناطُ سدِّ الذَّرائع؛ فقد قالوا إنَّ حَفْر الآبار في الطُّرق ممَّا يحرُم الإقدام عليه سدًّا للذّريعة[2]؛ ذلك أنَّ مصلحة حَفْر البئر

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٦.

(٢) وقد تقدَّم أنَّ هذا التمثيل يَسْري على الوسيلة المفضية إلى المفسدة على جِهَة اللُّزوم، كما أنَّ المتوسَّل إليه هو مفسدةٌ في حدِّ ذاته. وهي لا تدخل في مفهوم الذَّرائع الخاصّ. ولكنْ لا يَضُرُّ إيرادُنا لذلك في هذا المقام، لأنه لا يُختلَف على الطَّريقتين -أعني مَنْ عمَّم مفهوم الذَّرائع وأدْخل فيها ما يلزم عنه المتوسَّلُ إليه وما أفضى إلى فساد، ومَنْ خصَّصها بما يُفضي إلى الفِعْل الممنوع وأخرج منها اللَّوازم- في أنَّ أساس الذَّرائع هو تَرجيحُ مفسدة مآل المتوسل إليه على مصلحة الوسيلة.

الأصليَّة هي الانتفاعُ بالماء، وقد عارضتها مفسدةٌ تربُو عليها؛ إذْ حَفْرُ البئر سيتسبَّبُ بتردِّي كثير من المسلمين فيها، فرجحت مفسدةُ المآل على مصلحة الأصل، فسُدَّت الذّريعة لذلك[1].

وفي المقابل نجد أنَّ العلماء اتَّفقوا على جواز التَّجاور في البيوت، مع أنَّ في التجاوُر مظِنَّةَ الزِّنا والاطِّلاع على العورات وهذه مفسدةٌ ولا شكّ؛ غيرَ أنَّ هذه المفسدة قد عارضتها مصلحةُ الأصل وأربت عليها، فإنَّه لو مُنِعَ التَّجاور لكان منعه مُفضيًا لحرج عظيم يَقْرُب ما لا يُطاق، فهو حاجيٌّ قويٌّ للأمَّة، على أنَّ ما يؤول إليه التَّجاوُرُ من الزِّنا بَعيدٌ[2].

قال ابنُ عاشورٍ عن وَجْه الاعتِداد ببعض الذّرائع دون بَعْضٍ: «ما هو عندي إلَّا التَّوازُنُ بين ما في الفعل -الذي هو ذَريعةٌ- من المصلحة، وما في مآله من المفسدة. فيرجع الأمر إلى قاعدة تعارض المصالح والمفاسد... فما وَقَع منعُه من الذّرائع، قد عظُم فيه فسادُ مآلِه على صلاح أصله، مثلُ حفر الآبار في الطّرقات. وما لم يقَع منعُه، قد غلب صلاحُ أصله على فساد مآله، كزِراعة العنب»[3].

فكلُّ فِعْلٍ أفضى إلى المحرَّم كثيرًا، ولم يكُن فيه مصلحةٌ راجحةٌ شرعيَّة، وكانت مفسدتُه هي الغالبةَ-: حرَّمه الشَّارعُ قَطعًا

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٧.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٧.

(٣) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٧.

ونهي عنه. أمَّا إذا كانت مَصلحتُه أرجحَ من مفسدته، رجحت مصلحتُه. وهذا أصلٌ مُطَّرِدٌ في أُصول الشَّريعة[١].

ومن أمثلة ذلك في الشَّرْع: أنَّه نُهِيَ عن النظر للأجنبية، لكنْ لـمَّا كانت الحاجة تدْعو إلى النَّظر إلى المخطوبة خصَّ ذلك بالإباحة؛ لترجيح مصلحة الإباحة على المفسدة التي كانت سببَ التَّحريم. ثمَّ كانت الإباحة مختصَّةً بما تدْعو إليه الحاجةُ، لأنَّها سبب الإباحة فخصَّت الإباحة به[٢].

تعقيب ابن تيمية على مَسْلَك مالِكٍ في سدِّ الذَّرائع:

عَزَا الإمام ابن تيميَّة لمالك أنَّه يُبالغ في سدِّ الذرائع حتى إنه يَنهى عنها مع الحاجة إليها؛ قال رَحِمَهُ اللَّهُ في معرض تناوله لمسألة الصَّلوات ذَوات الأسباب وَقْتَ النَّهي-: «ما كان مَنهيًّا عنه لسدِّ الذّريعة لا لأنَّه مفسدةٌ فى نفسه: يُشْرَعُ إذا كان فيه مصلحةٌ راجِحَةٌ، ولا تُفوَّتُ المصلحةُ لغير مفسدة راجحة. . . وهذا أصلٌ لأحمدَ وغيرِه في أنَّ ما كان من باب سدِّ الذَّريعة إنَّما يُنهى عنه إذا لم يُحتَج إليه، وأمَّا مع الحاجة للمصلحة التى لا تحصل إلَّا به وقد ينهى عنه؛ ولهذا يُفرَّق فى العُقود بين الحيَل وسدِّ الذّرائع، فالمحتالُ يَقصِدُ المحرَّمَ فهذا ينهى عنه، وأمَّا الذَّريعةُ فصاحبُها لا يَقصد المحرَّم لكنْ إذا لم يحتج إليها نهي عنها، وأمَّا مع الحاجة فلا. وأمَّا **مالِكٌ فإنَّه يُبالِغُ فى سدِّ الذّرائع**

---

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٤/ ٤٦٥.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٤/ ٤٦٥. وانظر: كفاية الطالب الرباني، لأبي الحسن، ٢/ ٤١١-٤١٢.

حتَّى يَنْهى عنها مع الحاجة إليها»[١].

وتحصَّل لي في النَّظر في كلام الإمام ابنِ تيميَّة، أنَّه بَنَى هذا الحكم على جملة فروع فقهيَّة تدُلُّ على ما عزاه لمالك من المبالغة في سدِّ الذّريعة مع ترجُّح مصلحة الذّريعة على المآل الممنوع[٢]، لكنه لم يَذْكُر في هذا المقام غير المسألة محلِّ النظَر، فإنَّه قال ما قال في معرض تناوله لمسألة الصَّلوات ذوات الأسباب في وَقْت النَّهي، فالصَّلاةُ لله فيه ليس فيها مفسدة، بل هي ذريعةٌ إلى المفسدة، لئلَّا يُتشبَّه بالمشركين، فيُفضي الأمرُ إلى الشِّرك، فإذا تعذَّرت المصلحةُ إلَّا بالذّريعة شُرِعَت. وعليه، فإنَّ الصَّلواتِ ذوات الأسباب تفُوتُ بخروج الوقت، فتُشرَعُ تغليبا لمصلحتها، ويُحمَلُ النَّهي على التَّنفُّل المطلَق، فإنَّه ليس فى المنع منه مفسدةٌ ولا تفويتُ مصلحة، لإمكان فعله فى سائر الأوقات[٣].

يُقال: إنَّ الفرع الذي استدلَّ به الإمام ابن تيميَّة هو من باب العِبادات، وقد عُلِمَ أنَّ مذهبَ مالِكٍ فيه تغليبُ جانب التَّعبد والتوقيف والاحتياط وعدم الالتفات إلى المعاني المصلحيَّة. وعليه، فإنَّ توسُّع

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٣/ ٢١٤-٢١٥.

(٢) قال ابنُ تَيميةَ: «فأُصولُ مالِكٍ في البُيوع أجْوَدُ من أُصول غيره... ولهذا كان أحمدُ مُوافِقًا له في الأغلَب، فإنهما يُحرِّمان الرِّبا ويُشدِّدان فيه حقَّ التشديد، لما تقدَّم من شِدَّة تحريمه وعِظَم مفسدته، ويَمنعان الاحتيالَ عليه بكلِّ طريقٍ، حتى يمنعا الذَّريعة المفضية إليه وإنْ لم تَكُنْ حيلةً، وإنْ كان مالِكٌ يُبالغ في سدِّ الذرائع ما لا يختلف قولُ أحمد فيه أو لا يقوله، لكنه يُوافقه بلا خِلافٍ عنه على منع الحيَل كلِّها». القواعد النورانية ١١٨-١١٩.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٣/ ٢١٤.

مالِكٍ في إعمال سدِّ الذّرائع في أبواب العبادات يَختلِف عنه في إعْماله في أبواب المعاملات؛ لتغليب التَّعبُّد والتَّوقيف في الأوَّل، وترجيح الحلِّ والإذْن في الثَّاني.

وفي خُصوص المسألة -وهي الصَّلوات ذوات الأسباب في أوقات النَّهي- يُقال: إنَّ النَّهي الوارِدَ أرْجَحُ من النَّدب الوارِد في خُصوص تلك العبادات؛ تغليبًا للتَّحريم على التَّحْليل.

النَّظرُ في سدِّ الذَّرائع نظرٌ متجدِّد:

وتأسيسًا على ما سبق من انبناء منع الذَّرائع على ترجّح مفسدة المآل، فإنَّ ما مُنع للذّريعة نظرًا للمآل الممنوع، قد ينقلب فيه السدُّ فتحًا لارتفاع مناط السَّدّ وهو المفسدة، فلو أنَّ ما سُدّ ذريعةً قد تغيَّر في وقت لاحِق مناطُه، بأن انتفت المفسدة -: فإنَّ البقاء على حُكْم المنع يُعدُّ تناقُضًا غير سائغ؛ إذ لا يَصحُّ عند العُقَلاء بَقاءُ الحكم مع انتفاء مُقتَضيه.

وعلى هذا، فينبغي أن تُفهَمَ أقوال الفقهاء في ضمن النَّسق الزَّمنيّ والتَّاريخيّ والعادات التي كانت غالبة في تلك الأزمان، ومن النُّكوص عن الفقه الحقِّ طَرْدُ الأحكام المبنية على فساد عارض أو عادة -ومن طبيعة العادات أنْ لا يلزم منها الاطِّرادُ- من غير نَظَرٍ إلى مَدَى تحقُّق مَناط الحُكْم فيها أو لا.

قال البساطي: «واعلم أنه لا يؤخذ بأقوال الأئمة مع قطع النظر عن المقاصد»[1].

---

(١) الدّسوقي، الحاشية، ٢/ ٢٠٢.

المبحث الثاني

سدّ الذّرائع في المذهب المالكيّ: حجيّة، وأقساما، وموجّهات العَمَل به، ومجالاته

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ وهي:

المطلب الأوَّل: حجية أصل سد الذرائع في المذهب المالكي.

المطلب الثَّاني: تقسيمات المالكية للذَّرائع وحكم كلّ قسم.

المطلب الثَّالث: مُوجِّهاتُ العمل بأصل سد الذرائع.

المطلب الرَّابع: مجال إعمال أصل سد الذرائع.

المطلب الأوَّل

حجية سدّ الذّرائع في المذهب المالكيّ

الفرع الأول

إثبات حجيَّة أصل سدّ الذّرائع في المذهب المالكيّ

أصلُ سدّ الذّرائع من أصول مذهب مالك المتَّفق عليها بين أهل المذهب، ولم أقِف على أحد عَزَا للمالكيَّة أو لإمامهم خِلافَ ذلك، فهذا الأصلُ أصلٌ إجماعيٌّ في المذهب. والنُّصوصُ في المذهب التي نَسَبَتْ هذا الأصلَ لمالك ومذهبِه كثيرةٌ مُستفيضة؛ منها:

قال ابنُ عبد البر: «. . . وقطع الذّرائع عنده - أي مالك - واجبٌ. .»[1]، وقال القاضي أبو الوليد الباجيُّ: «ذهب مالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إلى المنع من الذّرائع»[2].

وقال ابنُ رُشدٍ الجدُّ: «ومذهبُ مالك رَحِمَهُ اللَّهُ القضاءُ بها، والمنع منها»[3].

(١) ابن عبد البر، الكافي ١/ ٣٢١.

(٢) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٣، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٠.

(٣) ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٣٦١.

وقال أبو العباس القُرْطبيُّ: «سدّ الذّرائع... هو أصلٌ عَظيمٌ، لَمْ يَظْفَرْ به غير مالِكٍ، لدِقَّة نَظَره، وجَوْدَة قَريحته»[١].

وقال القَرافيُّ: «فمتى كان الفعل السَّالم عن المفسدة وسيلةً للمفسدة، منع مالكٌ من ذلك الفعل في كثير من الصُّوَر»[٢].

وقال المقّريّ التِّلمسانيُّ: «قاعدة: أصلُ مالِكٍ حِمايةُ الذَّرائع...»[٣].

وقال الشَّاطبيّ: «قاعدةُ الذّرائع التى حكَّمها مالك فى أكثر أبواب الفقه»[٤].

وقال ابنُ فرحون: «وهو مذهب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ»[٥].

وقال العَدَويُّ: «من القواعد التي انبنى عليها المذهبُ سدُّ الذّرائع»[٦].

وعُدَّ مذهبُ مالك مذهبًا عُمريًّا لانبنائه على أصل سدّ الذّرائع؛ قال بعضُ أهل المذهب عن مالك: «ومذهبُه عمريٌّ؛ سدّ الحيل واتِّقاء الشُّبهات»[٧].

---

(١) القرطبي، المفهم شرح ملخص صحيح مسلم ٣/ ٤٢٥، وعنه الزرقاني، شرح الموطأ ٢/ ٤٣٧.

(٢) القرافي، الفروق ٢/ ٣٢، شرح تنقيح الفصول ٤٤٨.

(٣) المقري، القواعد رقم ٩٩٥.

(٤) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٩٨.

(٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٤.

(٦) حاشية العدوي على الخرشي ٥/ ٥٣.

(٧) الصاوي، بلغة السالك ١/ ١١٧.

ومسائلُ مالك التي صرَّح فيها تنصيصًا بمُدرَك سدّ الذّرائع كثيرةٌ، أسوقُ في هذا المقام مَسألتين من كتاب «الموطأ»:

المسألة الأُولَى:

قال مالِكٌ في «الموطأ»: «مَنْ راطَلَ ذَهَبًا بذَهَبٍ، أوْ وَرِقًا بوَرِقٍ، فكان بين الذَّهبين فَضْلُ مِثْقالٍ، فأعطى صاحبَه قيمتَه من الوَرِق أو من غيرها، فلا يأخُذه؛ **فإنَّ ذلك قبيحٌ، وذَريعةٌ للرِّبا**؛ لأنَّه إذا جاز له أنْ يأخذ المثقالَ بقيمته حتَّى كأنَّه اشتراه على حِدَته، جاز له أنْ يأخذ المثقالَ بقيمته مرارًا؛ لأنْ يُجيزَ ذلك البيعَ بينَه وبين صاحِبه. قال مالِكٌ: ولو أنَّه باعَه ذلك المثقالَ مُفرَدًا، ليس معه غيرُه، لَمْ يَأخُذه بعُشْر الثَّمن الذي أَخَذَه به؛ لأنْ يجوز له البيعُ؛ **فذلك الذّريعةُ إلى إحْلَال الحَرام، والأمرِ المنهيّ عنه**»[1].

مُقتضى كلام مالك أنَّ مَنْ راطَلَ ذهبًا بذهَبٍ، فإنَّه لا يجوز أنْ يكون مع أحَد الذَّهبين وَرِقٌ أو عرضٌ أو غيرُ ذلك، ويكون العرضُ أو غيرُه في مُقابلة زيادةِ أحَد الذّهبين على الآخَر، كما لو دَفَعَ إليه دينارين بدينار، ويُرْفِقُ مع الدِّينار ثوبًا أوْ طعامًا أو وَرِقًا أو غيرَ ذلك، ليكون في مُقابلة الدِّينار الآخَر؛ فإنَّه لا يجوز ذلك، ومَنَعَ منه مالِكٌ **لأنَّ هذا العَقْد ممنوعٌ للذّريعة إلى الحرام الذي لا يجوز.**

وتفسيرُ وَجْه الذّريعة التي نصَّ عليها مالك: أنَّه إذا باع دينارًا رَديئًا بدينارين جيِّدين، وعَلِمَ أنَّه لا يصحّ أنْ يُعطيه بذلك الدِّينار نصفَ دينار جيِّد، جَعَلَ مع الدِّينار ما يُساوي أكثرَ من الدِّينار الجيِّد

(١) مالك بن أنس، الموطأ رقم ١٨٦٠.

مِرارًا، وجَعَلَه ثَمَنًا للدِّينار الجيِّد؛ **فيكون في الظَّاهر قد أعطاه دينارا رديئا بدينار جيِّد، وأعطاه السِّلعة بالدِّينار الآخر الجيِّد، وهو في الحقيقة إنَّما أعطاه الدِّينارَ الرَّديء بنِصف دينار جيِّد، وأَخَذَ السِّلعة بدينار ونصفٍ من الذَّهب الجيِّد؛ وهذا ممَّا لا يحلُّ ولا يجوز.** ولذلك قال مالك: «ولو أنَّه باعه ذلك الدِّينار مُفرَدًا، لم يأخذه بعُشر الثَّمَن» يعني: أنَّ ذلك الدِّينارَ الرَّديء الذي مع السِّلعة، لو باعه مُفرَدًا لم يُعطه به الدِّينار الجيِّد من الدِّينارين؛ وإنَّما أضاف إليه السِّلعةَ ليُتوصَّل بذلك إلى أخذ بعض دينار جيِّد بدينار رَديء[1].

المسألة الثَّانية:

قال مالكٌ في الذي يَشتَري الطَّعام فيكتاله، ثمَّ يأتيه مَنْ يَشتَريه منه، فيُخبر الذي يأتيه أنَّه قد اكتاله لنفسه واستوفاه، فيُريد المبتاعُ أنْ يُصدِّقه ويأخذه بكَيْله-: «أنَّه ما بِيعَ على هذه الصِّفة بنَقْدٍ، فلا بأس به، وما بِيعَ على هذه الصِّفة إلى أجَلٍ، فإنَّه مكروهٌ حتَّى يَكتالَه المشتري الآخَر لنفسه؛ **وإنَّما كره الذي إلى أجل لأنَّه ذريعة إلى الرِّبا**، ويُتخوَّفُ أنْ يُدارَ ذلك على هذا الوَجه بغير كَيْلٍ ولا وَزْنٍ، فإنْ كان إلى أجَل فهو مكروه؛ ولا اختلاف فيه عندنا»[2].

فشِراءُ الطَّعام بالنَّقد إذا رَضِيَ المبتاعُ أنْ يُصدِّق البائعَ في كيْله أو وَزْنه، فإنَّه جائز؛ وإنَّما كره ذلك إذا بِيع بالتَّأخير والنَّساء دون

---

(١) الباجي، المنتقى ٤/ ٢٧٧.

(٢) مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب جامع الدين والحول (!)، رقم ١٩٧١.

النَّقد، خوفَ أنْ يكون المبتاعُ تجَوَّزَ في بعض الكيلِ لِمَا عليه من الدَّيْن رَجاءَ التَّأخير بعد الأجل، فيكون ذلك مِنْ وَجْهِ هديَّة المديان، ومَن ابتاع بنَقْدٍ فقد سَلِمَ من ذلك[1].

* * *

(١) الباجي، المنتقى ٥/ ٧٤.

الفرع الثَّاني

مدى اختصاص مالك بأصل سدِّ الذَّرائع

وممّا نُسِبَ لمذهب مالِكٍ التّفرّدُ به من قواعد الأصول: القولُ بسدّ الذّرائع. ومن الذين نَسَبوا له هذا التَّفرُّدَ: القاضي ابنُ العربيّ، في مواضع عديدةٍ من كتبه؛ قال: «زاد مالكٌ في الأصول مراعاة الشّبهة، وهي التي يُسمِّيها أصحابُنا: الذّرائع... والمصلحة... ولم يُساعِدْه على هذين الأصلين أحدٌ من العلماء؛ وهو في القول بهما أقْوَمُ قِيلاً، وأهدى سَبيلاً»[1]، وقال: «الذّرائعُ، ومعناه:... وهي مسألةٌ انفرد بها مالِكٍ دون سائر العُلماء»[2].

غيرَ أنَّ ابن العربيّ في موضع من «أحكام القرآن»، عَزَا مُوافقةَ أحمدَ في بعض الروايات عنه لمالِكٍ في القول بسدّ الذّرائع؛ قال: «قال علماؤنا: الذّرائعُ التي انفرد بها مالكٌ، وتابعه عليها أحمدُ في بعض رواياته، وخَفِيَت على الشّافعيّ وأبي حنيفةَ مع تبحُّرهما في الشّريعة...»[3].

هذا، وقد قرَّر غيرُ واحِدٍ من العلماء، كأبي العبَّاس القُرطبيّ

---

(١) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٧٧٩.

(٢) ابن العربيّ، القبس ٢/ ٧٨٦.

(٣) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/ ٢٦٥.

والقَرافيِّ، أنَّ هذا الأصل ليس من مُفرَدات مذهب مالك، بل إنَّ المذاهب الأُخرى قائلةٌ به، وبانيةٌ لكثير من تفريعاتها عليه، غيرَ أنّ المالكيّةَ احتفَوْا بهذا الأصل احتِفاءً زائدًا -بالمقارنة مع غيرهم-، فبَنَوْا عليه فروعا عديدةً، خاصّة في بيوع الآجال، قال أبو العبّاس القرطبيّ: «وسَدُّ الذّرائع ذَهَب إليه مالِكٌ وأصحابُه، وخالَفَه أكثرُ النّاس تأصيلاً، وعَمِلوا عليه في أكثر فُروعهم تفصيلاً»[1].

وقال القَرافيُّ: «ويُحْكَى عن المذهب المالكيّ اختصاصُه بسدِّ الذّرائع؛ وليس كذلك، بل منها ما أجمع عليه»[2].

وقال -بعد نفيه انفرادَ مالك بهذا الأصل-: «حاصِلُ القضيّة: أنّا قُلنا بسَدِّ الذّرائعِ أكثرَ من غيرنا؛ لا أنّها خاصّةٌ بنا»[3]، وقال: «فلَيْس سدّ الذّرائع خاصًّا بمالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ، بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصلُ سدِّها مُجمَعٌ عليه»[4]. لكنَّ مفهوم الذَّرائع عند القَرافيِّ هو ما تقدَّم من المعنى الأعمّ الذي لا يَخْلُو أحد من القول ببعضها.

والذي يَنبغي أنْ لا يُختَلف فيه: أنَّ أحمدَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ من الأئمَّة الذين أَعْمَلُوا سدَّ الذّرائع إعْمالا كثيرًا، فهي من أصول مذهبه[5]،

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٠.

(٢) القرافي، الفروق ٣/ ٢٦٦، وانظر: الفروق ٢/ ٣٢، ونقل الزركسي ذلك عنه ٨/ ٩٠.

(٣) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٥٣.

(٤) القرافي، الفروق ٢/ ٣٣.

(٥) ابن النجار، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٣٤، المرداوي، التحبير شرح التحرير ٨/ ٣٨٣١.

ودون النَّاظر ما كتبه ابنُ قيِّم الجوزية في «إعْلام الموقِّعين»، وشيخُه ابنُ تيميَّة في «بَيان الدليل على بطلان التحليل»، فهي شاهدة على مَدَى أخذ الحنابلة بأصْل سدِّ الذرائع.

قال ابنُ تَيميَّةَ: «فأُصولُ مالِكٍ في البيوع أجْوَدُ من أصول غيره... ولهذا كان أحمدُ مُوافِقًا له في الأغلب، فإنهما يُحرِّمان الرِّبا ويُشدِّدان فيه حقَّ التشديد، لما تقدَّم من شِدَّة تحريمه وعِظَم مفسدته، ويَمنعان الاحتيالَ عليه بكلِّ طريقٍ، حتى يمنعا الذَّريعة المفضية إليه وإنْ لم تَكُنْ حيلةً، وإنْ كان مالِكٌ يُبالغ في سدِّ الذرائع ما لا يختلف قولُ أحمد فيه أو لا يقوله، لكنه يُوافقه بلا خِلافٍ عنه على منع الحيَل كلِّها»[1].

أمَّا الإمام الشَّافعيّ، فقد اضطَرب أهلُ مَذْهبه فيما يُعْزا إليه في ذلك؛ فمنهم مَن عَزَا له بعضَ صُور المنع من الذّرائع، ومن الشَّافعيَّة مَنْ انتفى مِن أنْ يكون القولُ بالذّرائع مذهبًا له، كما تقدَّم عن التَّقيّ السّبكيّ وابنه التَّاج[2].

وهذا الموضع يَحتاج إلى مزيد بيان وتحرير.

تَحْريرُ مَحلِّ النِّزاع:

الوسائلُ تختلف وهي على أنواع ثلاثة:

- **النوع الأول**: الوسائلُ التي تَستلزِمُ ما تُوسِّل إليه من الحرام

---

(١) ابن تيمية، القواعد النوراية ١١٨-١١٩.

(٢) العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٢/٣٩٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/٩٣.

أو الفساد. فهذا النوعُ ليس داخِلا في محلِّ النزاع، فالكُلُّ قائلٌ به، وليس من مشمولات الذَّرائع الاصطلاحية. وقد أدْخَلَ القَرافيُّ هذا النوع في مَضامين الذرائع، ثم حَكَى الإجماع على القول بها من حيث الجملة، وقد تعقَّبه التقي السبكي وابنُه في ذلك، بما سبق بيانه.

- **النوع الثاني**: الوسائلُ التي تُفْضي إلى فَسادٍ، ليست هي فعلا محرَّمًا. فهذا النوعُ من الوَسائل لا يُختَلَف أنها إنْ كانت المفسدةُ أرْجَحَ من المصلحة، فإنَّها تُمنَع، وتُعْطَى حُكمَ ما أفضت إليه. ويَدْخُل في هذا مَفهوم **الفعل الضارّ**. وهذا النوعُ من الوَسائل يُنظَر فيها على جهة الخُصوص، أي إنَّ المرْء إن استعمل وسيلة تسبَّبت في مفسدة، وكانت أرجَحَ من مصلحة الوسيلة، فلا يُختلف في أنَّ الوسيلة ممنوعة. ويُقام في ذلك مِيزانُ التَّرْجيح بين المصالح والمفاسد، من حيث القُوَّةُ والعُمومُ والعلمُ بالتحقُّق، في كلٍّ من المصلحة والمفسدة.

- **النوع الثالث**: الوسائلُ التي تُفْضي إلى فِعْلٍ مُحرَّمٍ، مما ليس من اللَّوازم.

وهذا على ضَربين:

الضَّرْبُ الأوَّل: الوسيلةُ من هذا النوع، والتي يَرتكِبُها المرءُ قاصِدًا الحرامَ. فلا يَختلِفُ العُلماء في حُرمة ذلك.

الضَّرْبُ الثاني: الوسيلةُ من هذا النوع، مع عَدَم العلم بقَصْد الأفْراد على جِهة الخُصوص، لكن يظهر في الناس القَصْد إليها،

فيُتَّهَمون على جِهَة العموم بأنهم يَقصِدون الحرامَ، دون أنْ يُعلَم على جِهَة الخُصوص قَصدُهم إليها. **فهذا الضَّرْبُ الذي وَقَع فيه الخلاف:**

فذَهَبَ مالِكٌ إلى المنع من هذه الذَّرائع، لأنَّ القَصْد وإنْ لم يُحقَّق في الخُصوص، فإنَّ النَّظَر العُموميَّ في النَّاس حَقَّق وُجودَ القَصْد من حيث الجملةُ، فاتُّهِم الناسُ على أساس ذلك، حفظا لأحكام الشَّرْع ومقاصده من الانخِرام. ووافقه أحمدُ على ذلك، كما تقدَّم.

وخالفه في ذلك الشَّافعيُّ، وذَهَب إلى أنَّ المسلمين غير مُتَّهَمين في نِيَّاتِهم، والعَمَلُ بالظَّاهِر يَقْضي بأنْ تُحمل قُصودُهم على السَّلامة، لا على الاتِّهام[١]. وهذا ما يَدُلُّ عليه كلامُ محمَّدِ بنِ الحسَن الشيبانيِّ في «الحجَّة على مذهب أهل المدينة»[٢].

* * *

(١) الشافعي، الأم ٤/ ١١٤ وما بعدها، ٧/ ٢٩٧-٢٧٨.

(٢) محمد بن الحسن، الحجة على أهل المدينة ٢/ ٥٨٤-٥٨٥، ٥٩٥، ٦٩٤-٦٩٦.

المطلب الثَّاني

تقسيماتُ المالكيّة للذَّرائع وحُكمُ كلِّ قسم

الذَّرائعُ عند المالكيَّة ليست على رُتبة واحِدة، وإنَّما هي رُتَبٌ مختلفة، ويختلِفُ الحكمُ فيها بالسَّدِّ وعَدمِه بحسب المرتبة التي وَقَعَت فيها؛ وللمالكيَّة تقسيماتٌ مُختلِفَةٌ أُورِدُها في هذا الموضع:

● **التَّقسيم الأوَّل: تَقْسيمُ القُرطبيِّ:**

قال أبو العبَّاس القُرطبيّ في بيان أقسام الذّرائع-: «اعلم أنّ ما يُفضي إلى الوُقوع في المحظور:

(١) إمَّا أن يَلزم منه **الوُقوع قطعا**، (٢) أوْ لا،

(١) **والأوَّل ليس من هذا الباب**، بل من باب ما لا خَلاصَ من الحرام إلَّا باجتنابه ففِعلُه حرامٌ؛ من باب ما لا يتمُّ الواجب إلَّا به فهو واجب.

(٢) والذي **لا** يلزم: **إمَّا أن يُفضي إلى المحظور:**

(أ) غالبا أو (ب) ينفكّ عنه غالبا أو (جـ) يتساوى الأمران؛ **وهو المسمى بـ «الذّرائع» عندنا:**

فالأول: لا بُدَّ من مُراعاته؛

والثَّاني والثَّالث: **اختَلَف الأصحابُ فيه؛ فمنهم من يُراعيه**، ومنهم

من لا يُراعيه، وربَّما يُسمِّيه التُّهَمَة البعيدة والذّرائع الضَّعيفة»[١].

والذي يَتحصَّل من تقسيم الذّرائع عند الإمام أبي العبَّاس القُرطبيّ:

أوّلا: أنَّ الوسائل المستلزمة للمحظور لا دخلَ لها في مسمَّى الذّرائع؛ وإنَّما تدخل هذه الوسائلُ في مبحث ما لا خَلاص من الحرام إلَّا به ففعله حرام، من باب ما لا يتمُّ الواجب إلا به فهو واجبٌ.

وعليه، فإنَّ الذّرائع بمفهومها الاصطلاحيّ لا يدخُل فيها إلَّا الوسائل التي لا تستلزم المحظورَ.

ثانيا: أساسُ القِسمة في تقسيم القُرطبيّ هو مِعيارُ كثرة الإفضاء إلى المحظور وقلَّته؛ فالذّرائعُ -حسَبَ هذا التَّقسيم- ثلاثةٌ: ما أفضت إلى المحظور غالبًا، أو ما انفكَّ عن الإفضاء غالِبًا، أو يتساوى فيه الإفضاء وعَدمُه.

ثالثا: حُكْمُ ما أفضى إلى المحظور غالبًا عند المالكيَّة، هو المنعُ اتِّفاقا. أمَّا ما انفكَّ إفضاء الذريعة إلى المحظور غالِبًا، أو كان الإفضاءُ بالتَّساوي مع عدم الإفضاء، فوَقَعَ الخلافُ بين المالكيَّة في ذلك؛ فمنهم مَنْ مَنَع الذَّريعةَ، ومنهم مَنْ لم يَمنَع. وهو ما يُسمَّى عندهم بالتهمة البعيدة أو الذريعة الضعيفة.

رابعًا: ما معنى قولِ القرطبيّ: «يَنفكّ عنه غالِبًا»، هل يُحمَل على الإفضاء نادِرًا، أو على الإفضاء كثيرًا لا نادرا، أو يُحمَل على الأمرين جميعا؟

فإنْ حملْنا كلامَ أبي العَبَّاس على أنَّ الانفكاك الغالِبَ مُفسَّرٌ بالنُّدْرَة

---

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٩٠.

في وُقوع الحرام، فلعلَّ مرتبة الاستواء أنْ تكون شامِلَةً للذَّريعة التي تُفْضي للممنوع كثيرًا لا غالبًا. وما دام المالكيَّةُ اختَلَفوا في الذَّريعة التي تَساوَى فيها الإفْضاءُ وعَدَمُه- : فأوْلَى حُدوثُ الخلاف عندهم فيما ما جَرَى على إفْضائه في الكثير لا في الغالِب.

أمَّا إنْ حَمَلْنا قوله: «ينفكُّ عنه غالبًا»، على تضمُّن مَرتبتين من مَراتب الإفضاء: الأولى: ما كان الإفضاءُ كثيرًا، والثانية: ما كان الإفْضاءُ نادِرًا؛ فتكون الأقسام تامَّةً في قسمته. والظاهِرُ أنَّ هذا هو الأقرب. والله تعالى أعلم وأحكم.

● **التَّقسيم الثاني: تقسيم القرافيِّ، ومَنْ جَرَى على منواله:**

ومن التَّقسيمات المشهورة للذَّرائع تقسيمُ القَرافيّ. قال في «الفروق» في الفَرْق الرَّابع والتِّسعين والمائة: «اعلَم أنَّ الذَّريعة هي الوَسيلة للشَّيء، وهي ثلاثةُ أقسام:

(١) منها: ما أجمع النَّاسُ على سدِّه؛

(٢) ومنها: ما أجمعوا على عدم سدِّه؛

(٣) ومنها: ما اختلفوا فيه؛

فالمُجْمَعُ على عدم سدِّه، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، والتَّجاوُر في البيوت خشيةَ الزِّنا- : فلم يمنع شيءٌ من ذلك، ولو كان وسيلةً للمحرَّم.

وما أُجمِعَ على سدِّه، كالمنع من سبِّ الأصنام عند مَنْ يعلم أنَّه يَسبّ الله تعالى حينئذ، وكحفر الآبار في طُرق المسلمين **إذا علم** وقوعهم فيها أو ظنّ، وإلقاءُ السُّمِّ في أطعمتهم **إذا علِمَ أو ظنَّ**

أنَّهم يأكلونها فيهلكون؛

والمختلف فيه، كالنَّظر إلى المرأة، لأنَّه ذريعة للزِّنا، وكذلك الحديثُ معها، ومنها بيوعُ الآجال عند مالك رَحِمَهُ اللَّهُ»[1].

هذا تقسيمُ القرافيّ، وتبعه غيرُ واحد من علماء المذهب المالكيّ[2].

وقد تقدَّم أنَّ قَصْد القَرافيّ من الذَّرائع هو المفهوم الأعمُّ الذي يَشمَل الوسائل التي تُفْضي إلى فَسادٍ ليس هو فِعْلا حراما. ويشمل الوسائلَ المفضية إلى المتوسل إليه على جهة اللزوم.

والذي يُستخلَصُ من هذا التَّقسيم جملةُ أمور:

أوَّلا: الذي يُعطيه النَّظرُ -بادئ الرأي- أنَّ أساس هذا التَّقسيم هو النَّظرُ إلى مَدى الاتِّفاق والاختلاف في منع الذّريعة المفضية إلى المفسدة؛ إذْ قسَّم القرافيّ الذّرائع إلى ما أجمع على سدّه، وما أجمع على عدم سدّه، وما وقع فيه اختلافٌ في السّدِّ أو عدمه.

غيرَ أنَّ إنعام النَّظر في ذلك يُفضي إلى أنَّ هذا لا يُعتبر مِعيارا للتَّقسيم، لأنَّ التَّقسيم على حسب الاتِّفاق والاختلاف هو تقسيمٌ على حسب النّتيجة الآيل إليها التقسيمُ بالاعتبار الحقيقيّ.

وعليه، فالظَّاهرُ أنَّ المعيار الذي لحظه القرافيُّ في تقسيمه

---

(١) القرافي، الفروق ٣/ ٢٦٦. وانظر: الفروق ٢/ ٣٢. شرح التنقيح ص/ ٣٥٣.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٥، وابن حسين، تهذيب الفروق ٣/ ٢٧٤، الخرشي، شرح خليل ٥/ ٩٢، الصاوي، بلغة السالك ٣/ ١١٦-١١٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٥-٢٢٧.

المتقدِّم هو مدى العلم بإفضاء الوسيلة إلى المفسدة المنهيّ عنها:

فما كان فيه الإفضاءُ قطعيًا أو ظنيًا، فإنَّ الوسيلة تُمنعُ، كالمنع من سبِّ الأصنام عند مَن يعلم أنه يسبّ الله تعالى، وكحفر الآبار في طرق المسلمين **إذا علم** وقوعهم فيها أو ظنَّ، وإلقاء السمّ في أطعمتهم **إذا علم أو ظن** أنهم يأكلونها فيهلكون.

وما كان الإفضاءُ فيه وهميًّا أو نادِرًا، فلا مَنع من الوسيلة ولا سدَّ فيها، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، والتجاوُرِ في البيوت خشيةَ الزِّنا، فلم يُمنع شيءٌ من ذلك، ولو كان وسيلة للمحرَّم.

وحيثُ كان الإفضاءُ مُتردِّدًا بين المنزلتين السَّابقتين، فإنَّ العلماء اختلفوا؛ فقال مالِكٌ بالسّدِّ، ومنع الآخرون، على حَسَب ما بيَّنه القرافي. كالنَّظر إلى المرأة؛ لأنَّه ذريعة للزنا، وكذلك الحديث معها، ومنها بُيوع الآجال عند مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقد فسَّر ابنُ عاشور في حواشيه على شرح تنقيح الفصول[1] تقسيمَ القَرافي على ما يقرب ما قدَّمتُه الآن.

كما أنَّ المقَّريَّ في «القواعد» قسَّم الذّرائع إلى ثلاثة أقسام، وجَعَل مِعيارَ القسمة قُربَ الوُقوع وبُعدَه؛ والقُرْبُ والبُعْدُ في الوُقوع هي عبارةٌ مُرادفة لرتبة العلم بكثرة الوُقوع وقلَّته؛ قال المقَّريُّ:

---

(١) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٤-٢٢٥. جعل ابن عاشور القسم المجمع على سدِّه: ما كان إفضاؤه مُحققا، أو مظنونا غالبا. والقسم المجمع على عدم سده: ما كان الإفضاءُ نادرًا غير مُطَّرد. والقسم المختلف فيه: ما كان مُتردِّدًا على السَّواء.

«**الذّرائعُ القَريبةُ جِدًّا**.. .مُعتَبَرةٌ إجْماعًا، كحَفْر بئر في طَريق.

والبعيدة كذلك ملغاة إجماعا، كزراعة العنب.

وما بينهما معتبر عند مالك، كإعادة الجماعة في مسجد له إمام راتب، وبيوع الآجال. ملغى عند الجمهور»[1].

هذا، وإنَّ للشَّيخ ابن عاشور رأيًا آخر في كتابه «مقاصد الشريعة الإسلامية»، حيث إنَّه جعل الأساسَ الذي بُنِيَ عليه تقسيم القرافيّ هو **الموازنة بين المصالح والمفاسد**؛ فما رجح فيه مآلُ فساده مُنعَ، وما غَلَب فيه مصلحة أصله لم يُمنع، وما وقع فيه الاختِلافُ فبحسب الاختلافِ في التَّرجيح بين مصلحة الأصل ومفسدة المآل[2].

والذي يظهَرُ في هذا المقام أنَّ بين الاعتبارين تواشُجا وتعلُّقا؛ إذْ إنَّ المعيار الثَّاني هو مُكمِّلٌ للمعيار الأوَّل، فمُقتضى المعيار الأوَّل النَّظرُ إلى جِهَة الفساد المتفصِّي عن الوسيلة من حيثُ العلمُ بالإفضاء؛ وهذا هو النَّظرُ الأوَّل قبلَ عمليَّة الموازنة بين المصالح والمفاسد؛ إذ من الخطأ أن يُوازَن بين مصلحة مُتحقَّقة ومفسدة متوهَّمة؛ لهذا كان هذا الاعتبارُ مُقدَّما؛ ثمَّ يُقفَّى بعد ذلك بعمليَّة الموازنة بين المصالح والمفاسد؛ وهي الموازنةُ بين مصلحة الوسيلة ومفسدة مآلها بالاعتبارات المختلفة، فما كانت فيه مفسدةُ المآل أرجحَ سُدَّت الوسيلةُ ومُنعت، وما جَرَى فيه ترجيحُ مصلحة الوسيلةِ على مفسدة المآل، خُلِّيَت الوسيلةُ ولم يكُن فيها منعٌ ولا

---

(١) المقري، القواعد رقم ٢٢٩.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٦-٣٦٧.

قطع؛ ومعلومٌ أنَّ عمليَّة الموازنة ممَّا قد يقعُ فيها الاختلافاتُ بين المجتهدين والتَّبايُنات في وُجهات النَّظر؛ وهذا الذي يُفسِّرُ بعض الاختلاف في القسم الذي جَرَى فيه الاختلافُ بينهم.

وممَّا يَنبَغي التَّنبيهُ إليه في هذا الموضع، أنَّ مراتِبَ الإفضاء إلى المفسدة ومراتبَ العلم بالإفضاء مُتَّصِلان ومتلازِمان؛ فمَرَّةً يُعبَّر عن هذا بذاك، ومرَّةً بهذا عن ذاك. ووَجْهُ هذه الصِّلةِ أنَّ كثرة الإفضاء وقِلَّتَه هي مَناطُ مَراتِب العلم بالإفضاء:

فما كان الإفضاء طَرْديًّا فمرتبةُ العلم هي القطعُ؛ وما كان فيه الإفضاءُ غالبًا فمرتبةُ العلم هي الظَّنّ؛ وما كان فيه الإفضاءُ نادرًا فمرتبةُ العلم هي الوَهم؛ وما كان الإفضاءُ كثيرًا لا غالبا فهو متردِّدٌ بين المرتبتين السَّابقتين.

والذي يُستخلَصُ من هذه التَّقسيمات ما يلي:

أوَّلا: أوَّلُ نَظَر يجِبُ أنْ يُلقى فيما كان من الوسائل مُفضية إلى المفاسد، هو النَّظر إلى كثرة وُقوع المفسدة عن الوسيلة وقلّة ذلك؛ وهذا ما يتعلَّق بمراتب العلم كما تقدَّم للتَّوّ. وتحصَّل أنَّ ذلك على أربع مراتبَ:

المرتبة الأولى: الوسيلةُ المفضية إلى المفسدة طرديًا؛ وهذه المرتبة ممَّا اختلف العلماء في إدراجها في مسمَّى الذّرائع، كما تقدَّم، وهو خلافٌ في الاصطلاح فلا يضرّ إذا بُيِّن وعُلِم؛ والأَوْلى أنْ لا تدخل في الذَّرائع.

المرتبة الثَّانية: الوسيلةُ المفضيةُ إلى المفسدة غالبًا، بحيث

يحصُل الظّنّ بالإفضاء.

المرتبة الثَّالثة: الوسيلةُ المفضية إلى المفسدة نادِرًا، بحيث تكون مرتبةُ العلم بالإفضاء هي الوَهم.

المرتبةُ الرَّابعة: الوسيلةُ المفضيةُ إلى المفسدة كثيرا، لا غالِبا ولا نادِرا.

ثانيا: وبعد أنْ يستبين المجتهدُ موقعَ الوسيلة من المراتب السَّابقة يخلُص حينها إلى الموازنة بين مصلحة الأصل ومآل المفسدة؛ فما رجح قُدِّم واعتُبر، وما شالَ في ميزان الموازنة أُهمِلَ وأُلغي.

ثالثا: وحكم هذه المراتب كما يلي:

المرتبة الأولى: لقد اتَّفق العلماء على أنَّ ما كان من الوسائل مُستلزمة للممنوع، فإنَّها تُمنَع من باب ما لا يُتخلَّص من الحرام إلَّا به فهو ممنوع. غيرَ أنَّهم اختلفوا في إدخال هذه الوسائل في الذّرائع أوْ لا، كما تقدَّم.

المرتبة الثَّانية: أمَّا ما كان من الوسائل مُفضية إلى الممنوع إفضاءً غالِبًا، فهي ممنوعة. وقد حكى القُرطبيُّ اتِّفاقَ المالكيَّة على منع الذَّرائع الواقعة في هذه الرُّتبة؛ قال ابنُ عاشور: «العبرةُ في مَناط الأحكام هي الأحْوالُ الغَالبةُ»[1].

واعتبارُ الظَّنِّ في هذه المرتبة هو أرجحُ من الاستمساك بأصل الإباحة؛ وذلك لأُمور:

أحدها: أنَّ الظَّنّ فى أبواب العمليَّات ممَّا يجري مَجرى العلم؛

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٨٥ .

وعليه فإنَّه يجري في هذه المرتبة[١].

والثَّاني: أنَّ المنصوص عليه في الشَّرع ممَّا جرى على أصل سدّ الذّرائع داخلٌ فى هذا القسم؛ فقد مَنَعَ الشَّارع بعضَ الوسائل لأنَّ فيها ظنَّ الإفضاء إلى المفسدة، ولا وجودَ للقطع[٢]؛ من ذلك:

١- قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام:١٠٨]؛ فإنَّهم قالوا: لتكفَّنَّ عن سبِّ آلهتنا، أو لنسُبَّنَّ إلهَك. فنزلت الآيةُ. وقد يَسُبّ المسلمُ آلهة الكافر، ثمَّ لا يسُبّ هذا الكافرُ الله تعالى؛ لكن الظَّنَّ يَقضي بأنَّ هذا المآل واقع في غالب الأحوال، فمُنِعت ذريعتُه[٣].

٢- وفى الصحيح عن النَّبيِّ ﷺ أنه قال. «إنَّ مِنْ أكبر الكبائر أنْ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالدَيْه!» قيل: يا رسول الله، وكيف يَلعَنُ الرَّجُل وَالدَيْه؟! قال: «يَسبُّ الرَّجُلُ أبا الرجل، فيسبُّ أباه، ويَسبُّ أمَّه»[٤]. ومفسدةُ المآل في ذلك ظنّيّة لا قطعية؛ لاحتِمال التَّخلُّف[٥].

٣- وكان عليه الصَّلاة والسَّلام يكفّ عن قتل المنافقين لأنَّه

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٥٩.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٥٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٠.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه، رقم: ٥٩٧٣، ومُسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، رقم: ٩٠. واللفظ للبخاري.

(٥) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٠.

ذريعة إلى قول الكفَّار: إنَّ محمَّدا يقتُل أصحابَه[١]؛ وهذا اعتمادا على ظنٍّ مآل الفساد، وليس هنالك من قطع.

٤- ونَهى الله تعالى المؤمنين أنْ يقولوا للنَّبيِّ ﷺ: «راعِنا» مع قَصْدهم الحَسَن؛ لاتّخاذ اليهود لها ذَريعةً إلى شَتْمه عليه الصَّلاة والسَّلام[٢].

قال الشَّاطبي بعد أن ساق هذه الأمثلة ممَّا بُنِيَ على سدّ الذّريعة بسبب ظنّ فساد المآل-: «وذلك كثيرٌ؛ كلّه مبنيٌّ على حكم أصله، وقد أُلبس حكمَ ما هو ذريعة إليه»[٣].

وقال ابنُ أبي زيد القيروانيّ في كتاب «الذَّبِّ»: «**الأغلبُ من الأمور في أحوال النَّاس يَقْدَحُ ريبةً**، كما قدحت في ردِّ قَبول شهادة الابن والأب في قول أكثر العُلماء، وفي ردِّ شَهادة العدوِّ أو الخصم في قول جميعهم، **وليس في ذلك إلا الظّنّة في أغلب الأحوال، من غير قَطع ولا حَتم**»[٤].

المرتبة الثَّالثة: أمَّا الوسائلُ التي تُفضي إلى الممنوع نادِرًا، فقد اتَّفقوا على عدم اعتبار هذه الذّريعة، فلا يُمنَع منها، ترجيحًا لمصلحة الأصل؛ لأنَّ ما وَقَع نادِرا لا عبرةَ به، والأخذُ بأصل الإذن لازم:

---

(١) رواه البخاري في كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوى الجاهلية، رقم: ٣٥١٨، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب نصر الأخ ظالما أو مظوما، رقم ٢٥٨٤، من حديث جابر بنِ عبد الله رضي الله عنه.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٠.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٠.

(٤) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٣٢/ب، وانظر: ١٠٥/ب.

لأنَّ المصلحة إذا كانت غالبةً، فلا اعتبار بالنّدور في انخرامها؛ إذْ لا توجَد في العادة مصلحةٌ عَريَّة عن المفسدة جملة، فالشَّارعُ إنَّما اعتبر في مجاري الشَّرع غَلبةَ المصلحة، ولم يعتبر نُدور المفسدة؛ إجراءً للشَّرعيَّات مجرى العاديَّات في الوُجود[١].

فالشَّرع ناسج على هذا المنوال من إهماله للنَّادر: كالقضاء بالشَّهادة في الدِّماء والأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم والغلط، وكإباحة القصر في المسافة المحدودة، مع إمكان عدم المشقَّة، كالمَلِك المُترَف. وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئيَّة في التَّكاليف، مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه؛ لكن ذلك نادرٌ، فلم يُعتَبَر واعتُبِرت المصلحةُ الغالبة[٢].

المرتبة الرَّابعة: أمَّا عن الوسائل التي تُفضي إلى المفسدة كثيرًا لا غالِبا ولا نادِرا؛ فمنعت المالكية من ذلك.

وبَيانُ مُدركهم فيما يلي:

أوَّلا: اعتبر مالكٌ سدّ الذّريعة بناءً على كثرة القصد وُقوعًا؛ وذلك أنَّ القصد لا ينضبط في نفسه، لأنَّه من الأمور الباطنة الذي لا يُستطاع القطع بها، لكن له مجالٌ هنا، وهو كثرةُ الوقوع في الوجود، أو هو مظنَّة ذلك، فكما اعتبرت المظنّة -وإنْ صحّ التَّخلُّفُ- كذلك تُعتبر الكثرة، لأنَّها مجال القَصد[٣].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٥٨-٣٥٩.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٥٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦١.

وأصلُ هذا حديثُ أُمِّ وَلَد زَيْد بنِ أرقمَ[١]، الذي سيأتي بيانُه في مَدارِك حُجيَّة سدِّ الذَّرائع[٢].

ثانيا: وأيضا، فإنَّ الشَّارع في أحكامه قد يشرع الحكم لعلَّة مع كون فواتها كثيرًا، كحدّ الخمر فإنّه مشروع للزَّجر، والازدجار به كثيرٌ لا غالب، فاعتبر الشَّارع الكثرةَ فى الحكم ورجَّحه على الأصل، إذْ الأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه. كما أنَّ الأصل فى مسألتنا الإذن، فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزَّجر، **وخرج على الأصل هنا من الإباحة لحكمة سدّ الذّريعة إلى الممنوع**[٣].

ثالثا: ومن الأدلَّة القويَّة على المنع من الذّرائع الواقعة في هذه المرتبة، أنَّ الشَّارع مَنَع بعضَ الوسائل لإفضائها إلى المفسدة كثيرًا لا غالبا؛ والمجتهدُ يجري على وَفق ما بَنَى عليه الشّارعُ أحكامَه. وسيأتي بيانُها في الأدلة الناهضة بحجية هذا الأصل، إن شاء الله.

رابعا: تغليبُ جانب دفع المفسدة على جلب المصلحة:

ومن مَدارِك ترجيح سدّ الذّرائع في هذه الرّتبة، أنَّ الشَّرع أشدّ اهتماما لدفع المفسدة من جلب المصلحة؛ فإذا أَشكل التَّرجيحُ بين مصلحة الأصل ومفسدة المآل، غُلّب جانبُ المفسدة درءا لها.

قال المقَّريّ: «قاعدة: عنايةُ الشَّرع بدفع المفاسد أشدُّ من عنايته بجلب المصالح، فإنْ لم يَظهر رُجحانُ الجلب قُدِّم

---

(١) سيأتي تخريجه.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦١.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٢.

الذَّرء. . . وقد كره مالكٌ قراءةَ السَّجدة في الفريضة، لأنَّها تُشوِّشُ على المأموم، فكَرهها للإمام، ثمَّ للمنفرد حَسْمًا للباب. . . وكره الانفرادَ بقيام رمضان إذا أفضى إلى تعطيل إظهاره أو تشوّش الخاطر. ونهى الشَّرعُ عن إفراد يوم الجمعة بالصَّوم، لئلَّا يُعظَّم تعظيمَ أهل الكتاب للسَّبت. . . وكَره -أي مالك- ترك العمل فيه لذلك. وكره إتباع رَمضانَ بستّ من شوَّال، وإنْ صحَّ فيها الخبر، تَوقُّع ما وَقَعَ بعد طُول الزَّمن من إيصال العَجَم الصِّيامَ والقيام وكلّ ما يصنع في رمضان إلى آخرها، واعتقاد جهلتهم أنَّها منه. والمؤمنُ يَنظرُ بنور الله تعالى!»[1].

وهذا لأنَّ الشريعة كما يقول الشاطبي-: «مبنيَّةٌ على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتَّحرُّز ممَّا عسى أن يكون طريقًا إلى مفسدة؛ فإذا كان هذا معلوما على الجملة والتَّفصيل، فليس العملُ عليه ببِدْعٍ فى الشَّريعة، بل هو أصلٌ من أصولِها. . .»[2].

ومن أمثلة هذه الرُّتبة بيوعُ الآجال، التي منها: أنْ يَبيع رجلٌ لآخَرَ سلعةً بمائة إلى أجل، ثمَّ يَشتريها منه نقدًا بخمسين، فمذهبُ المالكيَّة على منعها؛ لأنَّ البائع خَرَج من يده خمسون دينارا، وأخذ عند حُلول الأجل مائة، والسِّلعةُ قد جُعلت ذَريعةً للرِّبا[3].

وأساسُ الخلاف بين المالكية والشافعية، يَرجعُ إلى كيفية العِلْم

---

(١) المقري، القواعد رقم ٢٠١.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤.

(٣) القرافي، الفروق ٢/ ٣٢.

بإفضاء الوسيلة إلى الحرام أو المفسدة:

فالشَّافعيةُ نَظَرُهم يَتوجَّه إلى خُصوص الأفراد، فردا فردا، فما عُلِمَ أن الوسيلة التي ارتكبت لا يَنْتجُ عنها بالنظر الخصوصيِّ مفسدة، فلا حرج عليه في تناول ذلك. كما أن الوسائل التي يُمكن أنْ تُتَّخذ طريقًا لبعض الأفعال المحرَّمة، كبيوع الآجال، فإنَّ الشَّافعيَّ كذلك يَنظُر في خُصوص هذا الفرد، هل قَصَد الحرامَ أو لم يَقصده، فإنْ هو قصده حرمت، وإنْ لم يَقصِدْه لم تحرم، وإنْ جُهل حال قصده، وهو الأكثرُ لأن القَصْد مُغيَّبٌ، فيُحمل حالُه على السَّلامة، ولا يُتَّهَم، إذْ أُمِرْنا بحُسْن الظَّنِّ بأهل الإسلام.

أمَّا مالِك، فلا يَقتصِر في النظر إلى الإفضاء علي النظر الخصوصي، مع اعتباره له. فباب سد الذرائع عند مالك، الحكمُ على مرتبة الإفضاء إلى الممنوع أو الفساد لا يكون فقط بخُصوص فَرْدٍ فَرْدٍ مِمَّن يَتعاطون الوسيلة. بل إنَّ النَّظَر عنده نَظَرٌ عُموميٌّ؛ بحيث يُنظَر إلى الإفضاء من حيثُ عُمومُ مَن يَتعاطَى الوسيلةَ، فما كان الإفضاءُ غالبًا أو أكثريًا، ولم يَكُن في الوسيلة مصلحةٌ تَرْجَحُ الفَساد الناتجَ عن الوَسيلة، فإنَّ المالكيَّة يَمنعون هذه الذَّريعة مَنْعًا عامًّا، ولا يَنظُرون إلى خُصوص قُصود النَّاس، فما مُنِعَ من الذَّرائع مُنِعَ على جِهَة العُموم، ولا يُخصّ أهلُ الرِّيبة عن أهل الدِّيانة في المنع؛ لأنَّ التشريع هكذا شَأنُه: عُمومٌ في التطبيق على الأفْراد.

والمالكيَّةُ يَقولون إنَّ النَّظَرَ العُموميَّ فيمَن يَتعاطَوْن الوَسائل قَدَحَ في نفس المجتهد أنَّ النَّاس يُتَّهمون في أنَّهم يَقصدون إلى بعض

الممنوعات التي حَظَرها الشَّارع.

لذلك أحسَب أنَّ خِلاف الشَّافعيِّ في مسألة الذرائع بمَفْهومها الخاصِّ، ليس راجِعًا -كما قيل- لأنه لا يَعتبِرُ الوسيلةَ التي تُفْضي إلى الفَساد كثيرًا، فلا تمنع عنده. وإنَّما الخلافُ راجعٌ إلى الإفضاء نفسِه إلى الممنوع، كيف يُنظَر له، هل يُنظَر له على جِهة الخُصوص أو على جِهة العُموم، وهل يُعتمَد على الاتِّهام في القُصود في ذلك.

وضابط خلاف الشافعي: أنك حيثُما وَجَدْتَ اتِّهامَ القُصود، فاعلَم أنَّ الشَّافعيَّ يُخالِفُ في ذلك. أمَّا مالِكٌ فينَظُر إلى قُوَّة التُّهمَة وضَعْفِها: فما قَوِيَت التُّهَمَةُ في الإفضاء إلى الفعل المحرَّم، مُنِعَت الذريعة، وما ضعُفت التهمةُ في الإفضاء، لم تُمنع، ما دام أنَّ للناس في تلك الوسيلة حاجةً ومصلحة. وما تردَّد بينهما فبِحَسب القُرْب والبعد.

المطلب الثَّالث

مُوجِّهات العمل بأصل سد الذرائع

للعمل بأصل سدِّ الذَّرائع موجِّهاتٌ تكفُل التَّطبيق الحسن له؛ ومن هذه الموجِّهات:

● **الموجِّه الأول: كثرةُ القَصْد إلى الممنوع:**

في بُيوع الآجال -مثلا- نَجِد أنَّ العَقْد مُركَّب، فهنالك عَقْدان: الأوَّل باع السِّلعة بعشرة إلى أجَلٍ. والعَقْد الثاني: اشتراء البائع الأوَّل السِّلْعةَ تلك بخمسة نقدًا.

فكلُّ عَقْدٍ من العقدين صَحيحٌ، لا إشكالَ فيه. فالعَقْدُ الأوَّل بيعٌ إلى أجل، وهو جائز. والعقد الثاني هو البيع المعروف.

لكنْ وَقَع في النفس ريبةٌ، في قَصْدهم إلى التذرُّع بهذا التركيب، إلى الرِّبا المنهيِّ عنه. بيان ذلك: أنَّ السِّلعة خَرَجت من اليد ثُمَّ رَجَعت إليه، فهي إذًا كالعَدَم. فتخلَّص من العقد المركَّب بعد تَقْدير حَذْف السِّلعة: أنَّ الأوَّل دَفَعَ خمسةً ليأخذ في الأجَل عشرةً. وهذا هو الرِّبا.

لكنَّ الإشْكال الذي يُطرَح عند المالكية: هل يُتَّهم المتعاقِدان في هذا العقد بأنَّهما تذرَّعا به إلى الرِّبا، أم لا يُتَّهمان لأنَّ التهَمة في ذلك ضعيفة؟

والجوابُ: أنَّ تَحْديد درجة الاتِّهام يكون بالنظَر إلى مَدَى قَصْدهم إلى الحرام أو عدم قَصْدهم إليه.

ومَعروفٌ أنَّ القصد على الخُصوص لا يُمكِن معرفتُه عادةً، لأنه أمرٌ مُغيَّبٌ. لذلك سَلَكَ المالكيَّةُ في التعرُّف على القصد: النظرَ إلى عامَّة الناس هل لهم في العُقود الوَسيطة المركَّبة حاجةٌ وأغْراضٌ صَحيحةٌ، بحيث يَصِحُّ قَصدُها، أم إنَّ الظَّاهر أنْ لا غَرَض لهم في تلك الصُّوَر الوسيطة المركبة؟

فإنْ كان الأول، فإنَّ الاتِّهام يَضعُف، إذْ كثرةُ قَصْد الناس لتلك الصُّوَر الوسيطة، دليلٌ على توجُّه قُصودِهم نحْوها، وأنهم لم يَقصِدوا الحرامَ، لذلك لم تكن تلك الصُّوَرُ لَغْوًا، لأنَّ القَصْدَ الصحيح المتوجِّه إليه يُنافيه.

وإنْ كان الثاني، فإنَّ الاتِّهام يَقْوى، إذِ ارتفاعُ قَصْد الناس تلك الصُّوَرَ الوسيطةَ في أغْراضٍ صَحيحةٍ، دليلٌ على لَغْوِها، وأنهم إنما قَصَدوا الحرامَ المتذرَّع إليه.

قال المقَّريُّ: «قاعدة: قال المالكيّة: إذا كانت صورة الجواز ممَّا يكثُر القصدُ بها إلى الممنوع، اعتُبِرَت اتِّفاقًا؛ وإنْ ندرت، بحيث لا تخطُر إلَّا بالأخطار، لم تُعتَبر...»[1].

ومعنى كثرة قصد النَّاس أنَّ كثيرًا من الناس يقصدون من هذه المعاملة ما آل إليه العقد، وأنَّ الوسائط ما كانت إلَّا مُتذرَّعا بها، فالغَرَضُ إنَّما كان مُتوجِّهًا إلى الرِّبا.

(١) المقري، القواعد رقم ٩٩٥.

قال الخِرشيّ في شرح قول خليل: «ومنع للتُّهمة ما كثُر قصدُه»-: «أي: ومنع كلُّ بيع جائز في الظَّاهر مُؤدٍّ إلى ممنوع في الباطن، للتّهمة بأنْ يكون المتبايعان قَصَدَا بالجائز في الظَّاهر التَّوصُّلَ إلى ممنوع في الباطن؛ وذلك في كلِّ ما كثُر قَصْدُه للنَّاس»[1].

فالناسُ -مثلا- يَكثر منهم قصدُ بيع وسلف بمنفعة، كأنْ يَبيع الرجلُ الآخَرَ سِلْعتين بدينارين إلى شهر، ثُمَّ يَشتَري واحِدَةً منهما بدينار نَقْدًا، فتكون السِّلعةُ التي خَرَجَت من اليد وعادت إليها مُلغاةً، وخَرجَ من يد البائع سلعةٌ ودينارٌ نقدًا، يأخذ عنهما عند الأجل دينارين: أحدهما عن السلعة، وهو بيع، والآخَر عن الدِّينار المنقود، وهو سَلَفٌ[2].

وكأنْ يبيع سلعةً بعشرة إلى شهر، ويَشتَريها منه بخمسة نقدا؛ فآل أمرُ البائع إلى أنَّ شيئًا رَجَعَ إليه، ودَفَع الآن خمسةً يأخذ عنها بعدَ ذلك عَشرة[3].

وهذا بخلاف ما يقلّ قصدُ النَّاس إليه، بحيثُ لا يُوصَفُ بأنَّه كثير؛ وهذا لضعف اتِّهام النَّاس في القَصْد إلى الحرام[4].

مثالُه: أنْ يبيع الرجلُ الآخَرَ ثوبين بدينار لشَهْر، ثُمَّ يَشتري منه

(١) الخرشي، شرح خليل ٥/ ٩٣.
(٢) الخرشي، شرح خليل ٥/ ٩٣.
(٣) الخرشي، شرح خليل ٥/ ٩٣.
(٤) الصاوي، بلغة السالك ٣/ ١١٧.

عند الأجل أوْ دونه أحدَهما بدينارٍ؛ فمذهب المالكية أنه جائزٌ ولا يُنظَرُ لكونه دفعَ له ثوبين ليضمَن له أحدهما، وهو الثَّوب الذي اشتراه مدَّة بقائه عنده بالآخر؛ فتهمة أنَّهما قَصَدا الضَّمان بجُعل ضعيفةٌ؛ وذلك لقلَّة قصد النَّاس إلى ذلك. وأمَّا صريحُ ضمان بجُعل، فلا خِلاف في منعه عند المالكية؛ لأنَّ الشَّارع جعل الضَّمان والجاه والقَرْض لا يُفعل إلا لله[١].

ومثالُه كذلك: أن تبيع الرَّجُلَ ثوبًا بدينارين إلى شهر، وتَشتريه منه بدينار نَقْدًا ودينار إلى شَهْرين. فآل أمرُ البائع إلى أنَّه دَفعَ الآن دينارا سَلَفا للمُشتري ويأخذ عند رأس الشَّهر دينارين: أحدهما عن ديناره، والثَّاني سلفٌ منه يدفع له مُقابله عند رأس الشَّهر الثَّاني. فهذا لا يمنع في مذهب المالكيَّة، لضعف اتِّهامهما أنَّهما قصدا إلى أسلفني أسلفك[٢].

ولَمَّا كانت القصود لا تنضبط بالنَّظر في آحاد النَّاس، جَعلت المالكيَّة كثرةَ القصد إلى الحرام مظنَّة إلى وُقوعه، فحسمت الباب رأسا. فكثرةُ قصد النَّاس إلى هذا التذرُّع، ممَّا يُفضي إلى شُيوعِها وانتشارِها، فتحصلُ بذلك المفسدة التي لها حرِّم الرِّبا؛ فذلك هو وجهُ اعتداد مالك بالتُّهمة فيه، فلو أنَّ ذلك فَشَا صار مآلُ الفعل مقصودا للنَّاس، فاستحلُّوا به ما مُنِعَ عليهم[٣].

---

(١) الصاوي، بلغة السالك ٣/ ١١٧، عليش، منح الجليل ٥/ ٧٨.

(٢) الصاوي، بلغة السالك ٣/ ١١٧، عليش، منح الجليل ٥/ ٧٩.

(٣) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٨-٣٦٩.

قال الإمام الشَّاطبي مبيِّنا مُدرَك مالك في ذلك: «...إلَّا أن مالكا اعتبره فى سدّ الذّرائع بناء على **كثرة القصد وقوعا**؛ وذلك أنَّ القصد لا ينضبط فى نفسه لأنَّه من الأمور الباطنة، لكنْ له مجالٌ هنا، وهو **كثرةُ الوُقوع فى الوجود**، أو هو مظنَّة ذلك، فكما اعتبرت المظنَّة، وإنْ صحّ التَّخلُّف، كذلك تُعتَبَر الكثرةُ لأنَّها مَجالُ القصد»[١].

وقال حلولو: «واعتبارنا التّهمة في بيوع الآجال، إنَّما هو لكثرة قصد النَّاس لذلك؛ لأنَّ كثرة الوقوع مظنَّة القصد»[٢].

● الموجِّه الثَّاني: عدمُ الاغترار بالصُّوَرِ الظَّاهرة:

ومن مُوجِّهات العمل بأصل سدِّ الذَّرائع عدمُ الاغترار بالصُّوَر الظَّاهرة؛ بل من الواجِب أنْ يكونَ النَّظرُ نافِذًا بحيثُ يُميِّز بين ما هو حقيقيّ وبين ما هو صورِيٌّ؛ فبيوع الآجال التي مَنَعها المالكيَّة حسمًا للذَّريعة، كان مَطلَعُ نَظَرهم-: أنَّ ظُهورَ فِعْل اللَّغو في التَّعاقُد المركَّب قَدَح في نفس المجتهد ظنَّ القَصْد إلى الحرام.

قال الشَّاطبي: «ومالكٌ يتَّهِمُ بسبب ظهور فعل اللَّغو؛ وهو دالٌّ على القصد إلى الممنوع»[٣].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦١، وانظر: نفس المرجع ٤/١٩٨-٢٠٠، وقد قرر المعنى نفسه القاضي ابن العربي في عارضة الأحوذي: ٥/٢٠١.

(٢) حلولو، التوضيح في شرح التنقيح ٤٠٤، وانظر: محمد الخضر الحسين، دراسات في الشريعة الإسلامية ٣٠، رسائل الإصلاح ٦١.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٠-٢٠١.

وقاعِدَةُ المذهب في بُيوع الآجل لتحديد فعل اللَّغو من غيره، أنْ يُنظَر إلى ما خَرَج من اليَد وإلى ما عاد إليها، بقطع النَّظر عن الوسائط، فإنْ تَحقَّق من ذلك بيعٌ مَمنوعٌ مُنِعَ[1]، كما في الأمثلة السَّابقة؛ فمن باع لرجل سلعةً بمائة إلى أجل، ثُمَّ اشتراها منه نقدا بخمسين، فحقيقةُ العقد أنَّ البائع خَرَجَ من يَده خمسون دينارًا وأَخَذَ عند حُلول الأجل مائة، فهو رِبا، والسِّلعةُ قد جُعلَت ذَريعة للرِّبا، وهي الواسطة.

وتحديدُ صورةُ اللَّغْو، يكون مُرتبِطًا كذلك بالموجِّه الأوَّل في كثرة قَصْد الناس إلى هذه الوسيلة، فما عُلِم أنَّ للناس قُصودًا صحيحة في الصورة الوسيطة، بأنْ كانوا محتاجين لها ولهم فيها أغراضٌ صحيحة، ضَعُفت التهمة، ولم تكن الصورةُ هذه لَغْوًا، لأنَّ الحاجة إليها دَليلٌ على قَصْدهم لها، وقَصْدُهم لها دليلٌ على عدم قَصْدهم إلى الحرام في الجملة.

أمَّا إنْ لم يكن لهم في تلك الصُّورة الوسيطة حاجَةٌ، ولا لهم فيها غَرَضٌ صحيحٌ، دَلَّ ذلك منهم على أنهم إنَّما يَقصِدون التَّذرُّعَ إلى الحرام، فيكون قَصْدُهم مُتوجِّهًا إليه، فتَقْوى التهمة حينها، وتكون الصورة الوسيطة لغوا، لأنَّ ما لا يُقصَد فهو اللَّغو.

● **الموجِّهُ الثَّالث: اعتبارُ العادة في تحديد كثرة القصد إلى الممنوع:**

العادة معيار يُوقَف به على التُّهمة، ومن طبيعة العادة أنْ لا

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٣٩١، عليش، منح الجليل ٥/ ٨٠، المازري، شرح التلقين ٤/ ٣٢١، خليل، التوضيح ٥/ ٣٦٨.

تكون عامَّةً في كلّ زَمان وفي كلّ مكان؛ وعليه فإنَّ التُّهَم أمرٌ نسبيّ يَختلِفُ باختلاف الزَّمان والمكان، وهذا ما يَستَدْعي استئنافَ الاجتهاد في تحقّق التُّهَم، ومَدَى وُجودِها واقعا:

قال ابنُ عبد السَّلام في باب بيوع الآجال: «وقولُه -أي قول ابنِ الحاجب-: «فإنْ كان مِمَّا يَكثر القصدُ إليه، كبيع وسلف أو سلف جرَّ منفعة، مُنِعَ وِفاقًا» لَمَّا قرَّر المنعَ، وكانت أسبابُ ذلك المنع مختلفة بالقوَّة والضعف، أخَذَ يُبيِّنُ القويَّ والضَّعيفَ منها، وقد عُلِمَ أنَّ **هذا الباب مبنيٌّ على العوائد، فالقويُّ ما اطَّرَدَت به العادةُ أو كثر وُقوعه، والضَّعيفُ ما قابل ذلك، والمتوسط ما بين ذلك**»[(١)].

وأبان الشَّاطبي عن مثل ما قرَّره ابن عبد السَّلام، من أنَّ المرجع في بيان كون الذّريعة ممَّا كثر تقصَّد النَّاس إليها للممنوع-: هو العادة؛ قال في سياق ذِكْره للمنع من بُيوع الآجال: «...ولكن هذا بشرط أنْ يَظهَر لذلك قصدٌ، ويكثُر في النَّاس بمقتضى العادَة»[(٢)].

وتَأسيسًا على كون العادة والعرف معيارًا في تحديد كثرة القصد وقلَّته ونُدوره، فإنَّ ما بُنِيَ من الأحكام على العادة والعُرف يَقتضي التَّغيُّرَ بتغيُّر هذا العُرْف وتلك العادة؛ قال القَرافيّ: «قاعدة: كلُّ حُكْم مُرتَّبٍ على عُرْف أو عادة، يَبطل عند زَوال تلك العادة، فإذا

---

(١) ابن عبد السلام، تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب ٢٣٩.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٤/١٩٨-٢٠٠.

تغيَّر تغيّرَ الحكمُ»[١]. ومنه، فإنَّ الاستمساك بكثير من تفريعات الأئمَّة في بُيوع الآجال ممَّا يجب أنْ يُنظَرَ إليه من جهة تحقُّق كون العادة التي كانت مُرتكزَ الحكم موجودةً في الواقع حالَ الإفتاء أو منعدمة. ولقد نَبَّه على هذا الملحظ القويّ ابنُ عبد السَّلام التّونسيّ في شرح مختصر ابن الحاجب، وكذلك مَنْ بعده كابنِ عاشور؛ وقد أنحى ابنُ عبد السَّلام باللَّائمة على الفُقَهاء الذين لم يَعتبِروا العادةَ فيما كان على هذا المِنْوال:

قال: «...في بِياعات الآجال لم يقع البيعُ أوَّلاً بين المتبايعين على تنصيص أنَّ البائع يَشتَري السِّلعةَ التي خَرَجَت من يده، وإنَّما هو أمرٌ يُتَّهمان على أنَّهما دَخَلا عليه، **ويُستند في تلك التّهمة إلى العادة**... ثمَّ هَبْ أنَّ تلك العادة وُجِدت في قوم في المائة الثَّانية بالمدينة أو بالحجاز كلِّه، فلِمَ قُلتُم إنَّها وُجدت في العراق وفي المغرب في المائة السَّابعة؟! ونحن لا ندري الآن هل هي موجودة بالمدينة أو لا؟

ثُمَّ هَبْ أنَّها موجودةٌ في جميع البلاد في جميع الأزمنة... وهؤلاء يجعلونه قانونًا عقليًّا مُطَّرِدًا كالقواعد العقليَّة التي لا يشذّ منها شيءٌ. ويحكمون على مسائلَ لم تقع بأنَّها ممنوعة على تقدير الوُقوع، ويَستنِدون في ذلك المنع إلى العادة التي هي مُتأخِّرة عن الوُقوع، فيجعلون المتأخِّرَ في الوجود سببًا في حُصول المتقدِّم في الوُجود. وأنا مُتوقِّفٌ عن الفتوى في هذا الباب، وما أشبهه من

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٦/ ٢٦٨.

الأبواب المستندة إلى العادة في الكتب؛ لأنَّ الذي في الكتب من المسائل لها مئون السِّنين، وتلك العوائدُ التي هي شرطٌ في تلك الأحكام لا نَعلم حُصولَها الآن؛ والشَّكُّ في الشَّرط شكٌّ في المشروط!»[1].

وقال الشَّيخ محمَّد الطَّاهر بن عاشور مُعدِّدًا وُجوهَ الضَّعف الفقهيِّ لدى المتأخِّرين-: «...رابعُه: الضَّعفُ في عُلوم الاجتماع وحاجاتِ الأمَّة، حتَّى أهملوا أحكامَ صُوَرٍ من البُيوع، ونزَّلوا على بُيوع النَّاسِ اليومَ أحكامَ بُيوعِ الآجال التي كانت في القُرون الأُولَى من الهجرة، ولم يَعتَنُوا بتخريج أحوال البُيوع الحاضِرة...»[2].

ثُمَّ إنَّ احتمال الوُقوع عادَةً، لا يَعْني أنْ يُنظر في الواقع وُقوعَ قصد التذرع وحسب؛ بل يكون كذلك من العِلْم بعادة الناس في مُختلف تصرُّفاتهم، ومِن العلم بطبيعة الإنسان وجِبلَّته-: ليُخلص إلى مرتبة العِلْم بالاتهام. ونَعَم، الواقعُ مُعينٌ، لكن ليس مَحْصورًا فيه. وقد يُؤخذ من كلام بعض المالكية ذلك؛ لكن الذي يظهر لي ما قرَّرتُه، والله أعلم.

● **الموجِّه الرَّابع: لا يُفرَّق عند سدّ الذّرائع بين المُتَّهَم وغيره:**

من مذهب المالكيّة أنَّ ما مُنِعَ للذّريعة عُمِّم، فلا يُنظَر إلى آحاد النَّاس هل قَصد إلى الممنوع أوْ لم يقصد؟ فسواءٌ صَدَرت الوَسيلَةُ

---

(١) ابن عبد السلام، تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب ٢٣٨-٢٣٩.

(٢) ابن عاشور، أليس الصبح بقريب ٢٠١.

ممَّن يُتَّهم بالتذرُّع إلى الحرام أو ممَّن كان بَريًّا من هذه التُّهَمَة؛ فمنع الذريعة يَشمل حتَّى أهل الدِّيانة ممَّن لا تتطرَّق إليهم التُّهَمُ ولا تدنُو منهم الظِّنَن؛ طردًا للباب، وتعميمًا لحُكْم المنع.

قال ابنُ أبي زيد القيروانيّ: «. . .يُحمل المتهم وغير المتَّهم فيما أصلُه التّهم مَحْملاً واحِدًا»(١).

ونصَّ الباجيّ على أنَّ أصل مالك وأصحابِه في الذّرائع أن تُمنَع الذرائعُ ممَّن قصد إلى الممنوع ومن لم يقصده(٢).

وقال ابن رُشدٍ الجدُّ: «ما طريقُه المصالح وقطعُ الذّرائع لا يُخصَّص في موضع من المواضع؛ أصلُ ذلك شهادة الابن لأبيه»(٣).

وقال المازَري: «إذا كان العِلَّةُ هذه -أي حِماية الذَّريعة- وَجَب. . . أنْ يُمنَع من هذه البِياعات مَنْ لا يُتَّهم ومَن يُتَّهم»(٤).

وقال الدَّردير: «يُمنَع من البيوع ما أدَّى لممنوع يكثر قصده للمتبايعين، ولو لم يقصد بالفعل»(٥).

وكان للمالكيَّة ومَنْ وَافقَهم في هذا التَّعميمِ مَدارِكُ من النَّظر؛ هذا بيانُها:

---

(١) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٧/أ.

(٢) الباجي، المنتقى ٦/ ٣٧.

(٣) ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٤٨٦، المواق، التاج والإكليل ٧/ ٥٥٨-٥٥٩، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٤.

(٤) شرح التلقين ٤/ ٣١٩، وانظر ٤/ ٣٢٠.

(٥) الدردير، الشرح الصغير ٣/ ١١٦-١١٧.

أوَّلاً: ضَبْطُ القواعد: فمن مدارك التَّعميم أنَّ ذلك لضبط الأحكام وعدم اضطرابها؛ لأنَّه لمَّا كان مُدركُ المالكيّة في منع الذَّرائع، أنَّ الذّريعة مظنَّة التَّذرُّع إلى الحرام، أُقيمَت المظنَّة مقامَ المئنَّة[١]، وعُمِّم حكمُها كما يُعمَّم حكمُ العلَّة مع احتمال تخلُّف حكمة العلَّة؛ ضبطا للعلَّة من أنْ يَدخُلها الاضطراب؛ قال المَقَّرِي: «قاعدة: أصلُ مذهب مالك في التّهم أنَّها على ثلاثة أضرب: **قريبة** فتُراعى، كطلاق مَنْ ترثه في مرضه؛ ولا تختصّ بالمتهم على الأصحِّ، **ضبطًا للقَواعد**، فقد ورَّث عثمانُ امرأةَ عبدِ الرَّحمن، وهو أبعدُ النَّاس من ذلك»[٢].

وقال ابنُ أبي زيدٍ القيروانيُّ بعد سوقه لمُثُلٍ من الشَّرع نسجت على هذا المنوال-: «وهذا ممَّا تتَّسقُ به الأمور، ويحمى كتاب الله»[٣]، ويُريد بالاتِّساق الضّبطَ، وعدمَ التَّفلُّت.

وقال المقريّ: «إذا اعتُبرت الذّرائعُ، فالأصحُّ وجوبُ صونِها عن الاضطراب بالضَّبط والتَّعميم، كسائر العلل الشَّرعيَّة. فلا يجوز الجمع بالإذن[٤]، ولا تخصُّ الآجال بالمتَّهم»[٥].

---

(١) ابن العربي، عارضة الأحوذي ٥/ ٢٠١، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٥.

(٢) المقري، القواعد رقم ٦٦٥.

(٣) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك٤٦/ أب.

(٤) أي الجماعة الثانية بعد الجماعة الراتبة في المسجد، حتى مع استئذان الإمام؛ حسما للباب.

(٥) المقري، القواعد رقم ٢٣٠، وانظر: رقم ٩٩٥.

ثمَّ إنَّ القُصود ممَّا لا يَطَّلع عليها إلَّا الله، فكيف يُصدَّق البعض دون البعض، قال الباجي: «...لا يُمكن أنْ يفصل فيه بين المتَّهم وغيره، فكان الحكمُ فيه منع الجميع، كالمنع من الذّرائع»(١).

وفي عَدَم الضَّبط التَّفلُّتُ؛ إذْ كلٌّ يَدَّعي ويزعُم أنَّه بريءُ السَّاحة من قصد الحرام؛ ومَنْ قَصَدَ الحرام لم يعسُر عليه ادِّعاءُ القصد الحسَن؛ قال ابنُ أبي زيد مُعلِّلا لتعميم المنع: «...لئلَّا يدَّعي كلُّ أحدٍ السَّلامة؛ وتختلِف الأحكام»(٢).

ثانيًا: مُنعَت الذَّريعة على جهة العُموم، لئلَّا يكون فعلُ الإنسان لذلك بدون قصد داعيًا إلى فعله بالقصد في مرة أخرى(٣).

ثالثًا: لو لم تُمنع الذَّريعة على جهة العموم، لاعتَقَدَ مُرتكبُها أنَّ جنس هذه المعاملة حلالٌ؛ ولا يُميِّز بين القصدِ وعَدَمه(٤).

رابعًا: القُصودُ من الأمور الخفيَّة التي قد لا يَفطِنُ لها صاحبها؛ قال ابنُ تيميَّة مُعلِّلا لتعميم حكم الذَّرائع: «ولئلا يفعلها الإنسانُ مع قَصْدٍ خفيّ يَخفى من نفسه على نفسه»(٥).

خامسا: قال المازَري: «إذا كان عِلَّة المنع حِماية الذَّريعة وَجَب أنْ يمنع مَنْ لا يُتَّهم لئلا يكون تركُ مَنعه داعيةً إلى أنْ يَقع

(١) الباجي، المنتقى ٧/ ٢٨٥.
(٢) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك٤٦/أ.
(٣) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٦/ ١٧٣.
(٤) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٦/ ١٧٣-١٧٤.
(٥) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٦/ ١٧٤.

فيها مَنْ يُتَّهم»[١].

سادسا: وَجدنا الشَّارعَ الحكيمَ فيما مَنَع من الذّرائع، قد عمَّم الحكم ولم يَربِط المنعَ بكون المرء قَصَدَ أو لم يقصد؛ فدلَّنا ذلك على تعميم الحكم في الذَّرائع؛ لأنَّ مشروعيَّة هذا الأصل كان على أساس اتِّباع منهج الشَّرع في سدّ الذَّرائع؛ وكذلك أُثِرَ هذا التَّعميمُ عن الصَّحابة رضي الله عنهم في المسائل التي بَنَوْها على أصل الذَّرائع:

١- **شهادة العدوّ على عدوّه**: فشهادة كلٍّ واحد للآخر مردودة مطلقا، فلا يُنظَرُ إلى بُعد التّهمة في الأفراد بخصوصهم؛ لأنَّ الغالب من أحوال النَّاس أنَّهم مُتَّهمون في شهادتهم على خُصمائهم وأعدائهم؛ وإنْ كان يُوجَدُ في أحايين كثيرة من النَّاس مَنْ يكون على غير ذلك من الاتِّهام والظّنّة؛ إلَّا أنَّ الباب حُمِلَ محمَلا واحِدًا[٢].

٢- **منع القاتل الميراث**: كذلك مُنِعَ القاتل من الميراث سدا لذريعة استعجال الميراث بقتل المورِّث؛ واستوى في ذلك من تلحقه التهمة أو لا طَرْدًا للباب؛ قال ابنُ أبي زيد: «كما أنَّه قد مُنع القاتل الميراث، وكان الأصل في ذلك التّهمة بنَيْل الميراث، ثُمَّ قد يقع قاتلٌ قد علم أنَّه لم يقصد للميراث، فلا يُنظَر إلى ذلك النَّادر؛ وهكذا جَرَت الأصولُ في هذا وشبهه»[٣].

---

(١) المازري، شرح التلقين ٤/ ٣٢٠.

(٢) ابن أبي زيد، الذب عن مذاهب مالك ٣٤/ب.

(٣) ابن أبي زيد، الذب عن مذاهب مالك ٣٤/ب. وانظر: ٤٧/أ.

٣- مَنْ طلَّق في مَرَض موته: مَنْ طلَّق امرأته في مرض الموت، ثمَّ مات، وُرِّثت؛ سدًّا لذريعة تقصُّد حِرمان الزَّوجة من الميراث، ويَستوي في ذلك مَنْ قَصَدَ ومَن لم يقصد؛ بل إنَّ عُثمان وَرَّثَ زوجةَ عبدِ الرَّحمن بنِ عوف رضي الله عنه حين طلَّقها في مرض الموت[١]، على بُعد عبدِ الرَّحمن بن عوف رضي الله عنه من ذلك القصد[٢].

٤- الهبةُ التي لم تُحَزْ: كذلك مَنْ وَهَبَ لبعض وَرَثته هِبةً، ثمَّ لم يحزها إلى حين مرض الموت، فإنَّها ترجع إلى مال الميراث؛ لئلَّا يتَّخذ النَّاسُ من الهبة دون حِيازةٍ ذَريعةً لحرمان باقي الورثة من الميراث. وقد كان أبو بكر الصِّدّيق رضي الله عنه نحلَ ابنته عائشةَ رضي الله عنها مالًا لم يُحَز، فقال لها حين حضرته الوفاةُ: «والله يا بُنيَّةُ، ما مِن النَّاس أحدٌ أحبّ إليَّ غنى بعدي منك، ولا أعزّ عليَّ فَقْرًا بعدي منك، وإنِّي كنتُ نحلتُكِ جادَّ عشرين وَسْقًا، فلو كنتِ جَدَدْتيه واحتزتيه كان لك؛ وإنَّما هو اليوم مالُ وارثٍ...»[٣]؛ وأبو بكر أبعدُ الخلق عن قَصْد التَّذرُّع إلى حِرْمان الورثة ميراثهم، ومع هذا حكم بالهبة

---

(١) رواه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، رقم: ١٦٦١، عن ابن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، أنَّ عبد الرحمن بن عوف طلّق امرأته البتة وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان منه، بعد انقضاء عِدَّتها.

(٢) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٦/أ.

(٣) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النّحل، رقم: ٢١٨٩، عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها.

التي لم تحز إلى الورثة[١].

● **تَقْيِيدٌ:**

هذا، وإنَّ الاتِّهام إنْ ضعُف بالنَّظَر في عامَّة الناس، لكنَّه قَوِيَ في طائفةٍ بخُصوصها، فالمالكيُّون نَصُّوا على اعتِبار سدِّ الذَّرائع فيهم.

فبُيوع الآجال قرَّر المالكيةُ بأنَّ الناس كلَّهم مُتَّهمون فيها، فلا يخصّ المنع بطائفة دون طائفة.

أمَّا بُيوع النَّقْد، فلا يُتَّهَمُ فيها إلا أهلُ العِينة. وهذا لقُوَّة التهَمة فيهم، وضَعْفها في باقي الناس. قال ابنُ رُشْدٍ: «بُيوع النقْد لا يُتَّهم فيها إلا أهلُ العِينة»[٢].

● **الموجِّهُ الخامس: اعتبارُ الوازع في إعمال أصل سدِّ الذرائع:**

يَتعلَّق بابُ سدِّ الذّريعة بموضوع الوازع الجبليّ، فما كان فيه ميلُ النَّفس أنْـزعَ إلى ارتكاب المنهيّ عنه، وأدنى إلى التَّلبُّس به، وأقربَ إلى الالتياث بمفسدته-: بالَغَ الشَّرعُ في سدّ الذّريعة المفضية إليه. وقد يُلبِسُ الشَّرعُ -مُبالغةً في مَنْع الذَّريعَة- الوازعَ الدِّينيَّ لَبوسَ الوازع الجبليّ، ليكون الاجتنابُ من قَبيل الاجتناب الطَّبَعيّ؛ لمَّا كانت النُّفوسُ ميَّالةً إلى ذلك المنهيِّ عنه.

والعكسُ بالعكس، فكلَّما كان المنهيُّ عنه ممَّا ليس في الجبِلَّة

---

(١) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٦/أ.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٢٢٦/٧. وانظر: ١١٤/٧، ١٢٨، ٢٣٠، ٣٩٧، ٤٣٨.

نُزوعُ إليه، فإنَّ الشَّرعَ لا يَهتمُّ كثيرًا بسدِّ الذّريعة المُوصِلَة إليه؛ اكتفاءً بمجرد النهي الشَّرْعي. وأبلغُ من هذا أنْ يَتأيَّد النهيُ الشرعيُّ بكون المنهيِّ عنه مما تُنافره نَحيزَة الإنسان وطبيعته[1].

ولعلْمِ مالكٍ بوَضع الشَّريعة ومَسالِك السَّنَن فيها، نَسَج رَحِمَهُ ٱللَّهُ على هذا المنوال، وسَلَكَ سَبيلَ الشَّرع في سدِّ ذَرائع الفساد؛ قال ابنُ عاشور: «ولعُلماء الشريعة نَسْجٌ على منوالها، هذا عند قَصْد المبالغة في سدّ الذّريعة:

فقد قال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ بنجاسة عين الخمر، وهو يَعلَم أنَّ الله إنَّما نهى عن شُربها، لا عن التَّلطُّخ بها، ولكنَّه حَصَل له من استقراء السّنّة ما أفاده مُراعاةَ قصد الشَّريعة الانكفافَ عن شربها. وإذْ كان ذلك عَسِرًا، لشدَّة مَيْلِ النُّفوس إليها، بكثرة ما نَوَّه الشَّاربون بمحاسن رقَّتها ولونها؛ أرادت السنةُ تقويةَ الوازِع الدِّينيّ عن شُربها بإشراب النُّفوس معنى قَذارتِها وجعلها كالنَّجاسات، في حين أنَّه لم يَقُل بنجاسة الخنزير الحيِّ»[2].

وقد وجدتُ لهذا الأصل الذي مهَّده الشَّيخ الطَّاهر بن عاشور: فَرْعا جليلا عند المالكيَّة:

قال ابنُ الموَّاز في جلد الفرس: لا يُصلَّى به، وإن ذُبحَ ودُبغ. وقد اتّفق على أنَّه جلد حيوان مكروه لا محرَّم؛ فيتخرَّجُ من هذا أنَّ جلد الحيوان المكروه لحمُه عند ابن الموَّاز لا يُستباح استعمالُه

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٨٥-٣٨٦.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٨٦.

بذكاة ولا دباغ؛ ومعنى ذلك ما رواه عن مالك أنَّه **إنَّما كره ذكاتها للذّريعة إلى أكل لحومها؛ فمنع من ذلك لمَّا كانت كثيرة التَّكرر والوجود، لا لعينها**[(١)].

وأمَّا جلود السِّباع فقد أجاز بيعَها والصَّلاة بها إذا ذُكِّيَت وإنْ لم تُدبَغ؛ **وذلك لمَّا لم تكُن لحومُها موجودةً؛ فلم يَخَف أنْ يكون استعمالُ جلودِها ذريعةً إلى أكلها**، فتأكَّدت عنده كراهِيَةُ لحوم الخيل وجلودها لمَّا خاف الذّريعة إلى أكلها[(٢)].

قال الباجيُّ: «ولا يَمتنِعُ مثلُ هذا في الشَّريعة؛ فإنَّ لحم الخنزير محرَّمٌ كلحم الميتة وكالخمر ثمَّ شَرَعَ الحدَّ في شُرب الخمر **لمَّا خيف التَّسرع إليها**، ولم يشرع الحدّ في أكل الميتة ولا أكل لحم الخنزير، لمَّا لم يخف التَّسرُّع إليها»[(٣)]. ولحمُ الخنزير والميتة ممَّا تأنف منها الفِطَرُ السَّليمة، فاكتُفي بالنهي الشرع المتأيد بالوازع الجبليِّ. خِلافًا للخمر، لمَّا كانت النُّفوس إليها وامِقة، والرَّغبات نحوها مُشرئبَّة-: لم يَكتفِ بالوازع الجبليِّ، بل شَرَعَ

(١) الباجي، المنتقى ٣/ ١٣٦، قال مالك: «وأكره ذكاتها للذَّريعة إلى أكل لُحومِها» ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ٤/ ٣٧٦.

(٢) الباجي، المنتقى ٣/ ١٣٦، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ٤/ ٣٧٦.

(٣) الباجي، المنتقى ٣/ ١٣٦.قال ابنُ تيمية في سوقه أدلة من الشرع على اعتبار أصل سدّ الذّرائع: «أوجب الله تعالى إقامة الحدود سدا للتذرع إلى المعاصي إذا لم يكن عليها زاجر، وإن كانت العقوبات من جنس الشر، ولهذا لم تشرع الحدود إلا في معصية تتقاضاها الطباع، كالزنا والشرب والسرقة والقذف، دون أكل الميتة والرمي بالكفر ونحو ذلك، فإنه اكتفى فيه بالتعزير...». الفتاوى الكبرى ٦/ ١٧٢، بيان الدليل على بطلان التحليل ٢٦٥-٢٦٦.

الحدَّ، وقال بعضُ الفُقهاء كمالِكٍ بنجاستها مُبالغةً في سدِّ الذّريعة إليها لانجِذاب النُّفوس إليها، وضَعف الوازع الجبليِّ أمامها.

ويُكرَه ذبح الخيل لنفس المُدرَك؛ قال الباجيّ: «... الذبحُ لم يُكرَه في الخيل لأنَّه مُثلة؛ وإنَّما كُرِهَ لأنَّه ذريعةٌ إلى إباحة أكلها»(١).

فإذا ثَبَتَ ذلك؛ فإنَّ عمليَّة سدِّ الذَّرائِع وفتحها عمليَّةٌ مُتجدِّدة، تتوقَّفُ على الوازِع من حيثُ ضعفُه وقوَّتُه؛ فكلَّما ضعف الوازِع استدعى ذلك من المجتهد أنْ يَسْعى إلى سدّ الذّريعة وحسمها، حِفاظًا على مقصد الشَّارع. وكلَّما قوِيَ الوازع وصلُب، خَفَّف من وَطْأة المبالغة في سدّ الذّرائع؛ قال ابن عاشور: «فيظهر لنا أنَّ سَدَّ الذّرائع قابلٌ للتَّضييق والتَّوسيع في اعتباره، بحسب ضعف الوازِع في النَّاس وقوَّته»(٢).

● **الموجِّه السَّادس: إمكانُ حُصول مَآل الذَّريعة بوسيلة أخرى، وعدم إمكانه:**

مِنَ المَلاحِظ الجليلة في هذا المقام، أنَّ إعمال سدّ ذرائع الفَساد يكون ملحوظًا فيه النّظرُ في كون المآل الممنوع ممَّا لا يُتوصَّل إليه بذرائع أخرى أو لا؛ فمَنْ منع وسيلةً قد تُفضي إلى المفاسد، ثمَّ كانت لهذه المفاسد وَسائلُ أخرى تكون وُصلةً إليها، لم يكُن في مَنْع تلك الذّريعة مِنْ معنى؛ إذْ قد يُتوصَّلُ إلى تلك

(١) الباجي، المنتقى ٣/ ١٧٠.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٩.

المفاسد بغيرها من الوَسائل.

قال الشيَّخُ محمَّد الطَّاهر بن عاشور: «...على أنَّ في احتياج الأمَّة إلى تلك الذّريعة -بقطع النَّظر عن مآلها- وفي إمكان حُصول مآلها بوسيلة أُخرى، وعدم إمكانه-: أثرًا قويًّا في سدِّ بعض الذّرائع، وعدمِ سدّ بعضِها»[١].

فمثلا: يَجوز زَرْعُ العنب اتِّفاقا، مع ما فيه من المآل الممنوع من اتِّخاذها خمرا. ومَطلَعُ النَّظر في الجواز، هو أنَّ المآل الممنوع، وهو السُّكرُ، ممَّا يتحقَّق بغير العنب، فقد يُتَّخذُ الخمرُ من الشَّعير ومن غيره من الأطعمة؛ فليس من الحكمة أنْ تُحرَّم هذه الذّريعةُ مع إمكان التَّذرُّع إلى تلك المفسدة بكثير من الذَّرائع؛ إذْ ليس تحريمُ زراعة الشَّعير بأوْلى من تحريم زراعة العنب[٢]. فإنْ قال قائل: فلماذا لم تُحرَّم زِراعة كلِّ ما مِنْ شَأنه أنْ يُتَّخذ ذَريعةً إلى السّكر؟ قيل: لَوْ حُرِّم ذلك لكان التَّحريم مُتعلِّقا بكثير من الأطعمة المباحة، التي يُفضي المنعُ منها إلى بُلوغ الحَرَج البالغ والمشقَّة العُظمى بالخلق؛ بل لا يَبْعُد ذلك أنْ يكون بالغًا مبلغَ الضَّرورة؛ فلمَّا تعلَّقت حاجةُ الأمَّة إلى ذلك، لم يُعمَل أصلُ سدّ الذّرائع.

وهذا يُذكِّرُنا بما يُذْكَرُ عن الحكَم بن عبد الرحمن الملقَّب بالمستنصر بالله (ت٣٦٦هـ)، «حيث رامَ قَطْع الخمر من الأندلس،

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٧.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٧.

وأمر بإراقتها، وتشدَّد في ذلك، وشاوَر في استئصال شَجرةَ العِنَب من جميع أعماله، فقيل له: إنَّهم يعملونها من التِّين وغيرِه. فتوقَّف عن ذلك»[1].

● الموجِّه السابع: إعمال سدّ الذرائع يكون بحسب دُخول الحظوظ فيها.

لَمَّا كان سَدُّ الذَّرائع مبنيًّا على اعتبار اتِّهام الناس في قصدهم إلى الحرام، كان إعمالُ هذا الأصل بحسب كثرةِ وُرود الاتِّهام على الناس أو قِلَّته. وهذا يَختلِف من أمرٍ إلى أمْرٍ، بحسب تعلُّق الحُظوظ بالشَّيء المتذَّرع إليه. فحيثُما وَجَدْتَ المالَ، وَجَدتَ حِرْصَ النَّاس عليه، وحينها تَقِفُ على الحُظوظ، ورأيتَ مع الحظوظ سُلوكَ سُبُل التذرُّع بالمأذون بما يُفضي إلى الممنوع. وعليه، فإنَّ أبواب المعامَلات المالية يكون إعمالُ هذا الأصل أكثر من غيره من الأبواب، لوُجود الحظوظ فيها، المفضية إلى التذرع، إذ الاتهام يقوى فيما كثرت حظوظ الناس فيه. وكذا يُقال في الميراث، فإنَّ المالكية يُعملون أصل الذرائع فيها، لما فيه من التذرع لنيل الحظوظ.

ولهذ الموجِّه نَظَرٌ إلى الوازع الذي تقدَّم بيانه، لأنَّ الوازع يَضعُف بقُوَّة الحُظوظ، ويَقْوى بضَعْفها.

---

(١) الحميدي، جذوة المقتبس ١/ ٤٣.

● **الموجه الثامن : إعمال سدّ الذرائع يكون بحسب شدة حرمة المتذرع إليه :**

وإعمالُ أصل سَدِّ الذَّرائع لا يَكون على جِهة الإطلاق، فإنه يُلحَظ في إعْماله والتعويل عليه : **النظرُ إلى الأمر المتذرَّع إليه وشِدَّة حُرمَته**، فكلَّما كانت الحرمةُ شَديدةً كان احتمالُ الاتِّساع في سَدِّ الذرائع.

وإعمالُ سدِّ الذَّرائع الذي يَرجع إلى اتِّهام النَّاس هو على خلاف الأصل عند المالكية وغيرهم، لأنَّ الأصل المتفق عليه أنَّ المسلمين لا يُظَنُّ بهم السُّوء، وأنَّ العمل بالظاهر أصلٌ مُعوَّلٌ عليه. لذلك لا يُنتقَل عن هذا الأصل عند المالكية إلا بأمْرٍ قويٍّ معتبر؛ لذلك أعملت المالكية الذرائع في أبواب واتَّسعوا فيها، واقتَصُدوا في أبواب أخرى، بحَسَب وُجود المقتَضِيات التي تُؤيِّد الخروج عن الأصول السابقة. لذلك كانت شدَّةُ تحريم الربا، من أهمِّ المعضِّدات التي قوَّت اعتبار الذرائع في المنع منها، مع أن الأصل فيها الجواز. لما في ذلك من حِفاظٍ على مقاصد الشرع من أن تخرم، بسبب ما تسبَّب فيه المكلَّفون من استعمال الجائز في غير ما وُضِع له.

وهذا الملحظُ له بالموجِّه الآتي صِلةٌ، لأنَّ عِظَم المفسدة، تابعةٌ لشِدَّة التحريم.

قال ابنُ العربي : «. . .**يَختصُّ بالحظر الذّريعة في باب الرّبا**، لقول عُمَرَ رضي الله عنه : فدَعُوا الرِّبَا والرِّيبة[١]؛ وكلُّ ذريعة ريبةٌ؛ وذلك **لعظيم حُرْمة الرِّبا وشِدَّة الوعيد فيه من الله تعالى**»[٢].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٢٨٧. وقد تقدَّم ما فيه من ادِّعاء الاختصاص بباب الربا.

قال ابن تيمية: «فأُصولُ مالِكٍ في البيوع أجْوَدُ من أصول غيره. . . ولهذا كان أحمدُ مُوافِقًا له في الأغلب، **فإنهما يُحرِّمان الرِّبا ويُشدِّدان فيه حقَّ التشديد، لما تقدَّم من شِدَّة تحريمه وعِظَم مفسدته**، ويَمنعان الاحتيالَ عليه بكلِّ طريقٍ، حتى يمنعا الذَّريعة المفضية إليه وإنْ لم تَكُنْ حيلةً، **وإنْ كان مالِكٌ يُبالغ في سدِّ الذرائع**. . .»[1].

● **الموجِّهُ التاسع: عظم المفسدة ودوامها:**

ومن المَلاحِظ التي تكون في الاعتبار حالَ المُوازَنة بين مصالح الوسيلة ومفاسد المآل-: عِظَمُ المفسدة التي تؤول إليها الذّريعة؛ فعلى قدر عِظَمها يكون سدّ الذّريعة ومنعُها، بل إنَّ خطورة مفسدة المآل وعظمَها وتعلُّقَها بعموم الأمَّة تُوجِبُ أنْ يُعمَل أصلُ الذّرائع حتَّى في الاحتِمالات التي تكون نوعًا ما بعيدة، بحيثُ لو كانت في الحقوق الخاصَّة لما اعتُبِرَت؛ لكن لمَّا كانت متعلِّقةً بعُموم الأمَّة، وكانت المفسدةُ عظيمةً شاملة-: فاعتبارُ هذا الاحتمال أوْلى في الحَزْم وفي السِّياسة الشَّرعيَّة من التَّورُّط في الوسيلة التي قد تُفْضِي إلى هاتيك المفسدة المبيرة[2].

قال الشَّاطبيُّ: «وبحسَب عِظَم المفسدة في الممنوع يكون اتِّساعُ المنع في الذريعة وشدَّته»[3].

---

(١) ابن تيمية، القواعد النوراية ١١٨-١١٩.

(٢) انظر: ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٩/ ١٣١-١٣٢.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ١/ ١٧٧.

المطلبُ الرّابع

مجال إعمال أصل سدّ الذّرائع

أَعمَلَ مالكٌ رضي الله عنه سدَّ الذّرائع في غالب أبواب الفقه، فلم يكُن لهذا الأصل اختصاصٌ بباب مُعيَّنٍ أو بنوع محدَّد؛ قال الشاطبي: «قاعدة الذّرائع التى حكَّمها مالك فى أكثر أبواب الفقه»[1]، وقد عوّل مالك على هذا الأصل في أبواب العبادات والمعاملات على حدٍّ سواء؛ قال الشَّاطبي: «وسدُّ الذّريعة أصلٌ عنده (أي: عند مالك) متَّبعٌ مطَّردٌ فى العادات والعبادات»[2].

غيرَ أنَّ الإمام مالكا يختلف في مدَى التَّوسيع والتَّضييق في إعمال سدّ الذّرائع في أبواب الفقه، تَبَعا لما سار عليه التَّشريع نفسه من المبالغة في سدّ ذرائع بعض الأبواب دون بعض؛ **فاتِّساع الشَّرع في منع الذّرائع متعلّق بعظم المفسدة المفضية إليها**؛ قال الشَّاطبي: «من عادة الشرع أنه إذا نهى عن شيء وشدَّد فيه، منع ما حواليه، وما دار به، ورتع حول حِمَاه... وكذلك جاء في الشَّرع أصلُ سدّ الذّرائع... **وبحسب عِظَم المفسدة في الممنوع يكون**

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٩٨.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢٥-٣٢٦.

اتِّساعُ المنع في الذّريعة وشدّته»[١].

فتأسيسًا على اقتفاء المجتهدِ أثرَ الشَّارع في تَشريعه، والاهتداء بمنهجه في وضع التَّشريع-: فإنَّ سدّ الذّرائع وفتحها يكون تابِعا لمنهج الشَّارع في تغليب جانب الإباحة والمصلحة في بعض الأبواب، أو في ترجيح جهة المنع والفساد في أبواب أخرى؛ فما عُلِمَ أنَّ الشَّارع رجَّح جانب التَّحريم والفساد في باب من الأبواب، كان لازما على المجتهد أن يَسلُك سبيله في إعمال أصل سدّ الذّرائع بقدر ما أعمله الشَّارع؛ وما كان من منهج الشَّرع تغليبُ الإباحة والحلّ وجهةِ المصلحة، فإنَّ الواجب أنْ لا يُبالَغَ في سدّ الذّرائع مُبالغة تَخرُج عن سَنَن الشَّارع في قطع وسائل الفساد.

وقد تقدَّم قبلُ بَيان أثر شِدَّة التحريم في الاتِّساع في سدِّ الذَّرائع.

وسأتناول في هذا الفرع إعمالَ المالكيَّة لأصل سدِّ الذرائع في ثلاثة مجالات: في البيوع، والعبادات، والسِّياسة الشرعية:

● **أوَّلا: إعمال أصل سدِّ الذَّرائع في أبواب البيوع:**

من الأبواب التي بالَغَ فيها مالكٌ بالأخذ بسدّ الذّريعة **أبوابُ الربا**؛ فالنَّاظِرُ في فروع مالك -بخاصَّة في بيوع الآجال- يجدُه مُعمِلا لهذا الأصل إعمالا كثيرا؛ وهذا لما جاء في الرِّبا من الوعيد الشَّديد، فغلَّبَ مالكٌ جانِبَ الحُرمَة على جانب الحلّ فيها؛

(١) الشاطبي، الاعتصام ١/ ١٧٧.

قال العدويُّ مُعلِّقا على قوله ﷺ: «إنَّ خيار النَّاس أحسنُهم قضاء»[١] لمَّا ردَّ في سَلَف بَكْرٍ رَباعيًّا-: «فإنْ قيل: إنَّ ظاهرَه جوازُ الزِّيادة في الوزن والعدد أو أحدهما. قلتُ: أُجيب بأنَّهم لعلَّهم رَأوه مُصادِما **لأدلَّة منع الرِّبا، وهي قويَّةٌ جدّا**؛ فقصروا هذا الحديث على جواز الزِّيادة في الصِّفة جَمْعًا بين الأدلَّة؛ ولأنَّ من **القواعد التي انبنى عليها المذهب سدَّ الذّرائع**، فلو أجازوا الزِّيادة في الوَزْن والعدد، لوَجَد أكلةُ الرِّبا طريقًا للدُّخول على الزِّيادة من أوَّل الأمر، ويقولون لم نقصد ذلك فيكثر الرِّبا؛ فجعلوا هذه المادَّة تقصُر الحديث على زيادة الصِّفة **قصدا لتقليل الرِّبا ما أمكن، وحماية لجانب الرِّبا**»[٢].

ومن آثار مُبالغة مالك في الحياطة للرِّبا، أنَّه يُغلِّبُ دليلَ الحظر في باب الرِّبا على دليل الإباحة؛ قال ابنُ العربيّ: «إذا تعارض دليلان أحدُهما بالحظر، والآخر بالإباحة-: فمن العلماء مَنْ مالَ إلى الاستظهار، وقال: يقدم دليل الحظر. ومنهم مَن قال: يُقدّم دليل الإباحة. **ويختلف في ذلك مَقاصدُ مالك؛ إلّا في باب الرِّبا فيُقدِّم دليلَ الحظر؛ وذلك من فقهه العظيم!**»[٣].

وفي هذا السِّياق يقول ابنُ تيميَّة مُبيِّنا مَدَى توسّع مالك في

---

(١) رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يجوز من السلف، رقم: ١٩٨٦، من حديث أبي رافع مولى رسول الله ﷺ. ومن طريق مالِكِ رواه مسلم في كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئا فقضى خيرا منه...، رقم ١٦٠٠.

(٢) حاشية العدوي على الخرشي ٥/ ٥٣.

(٣) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٣/ ٣١٠.

الأخذ بسدّ الذّرائع في أبواب البيوع، وسديدَ رأيه في ذلك-: «. . .أصولُ مالك في البيوعات أجودُ من أصول غيره. . . والإمام أحمدُ مُوافقٌ له في ذلك في الأغلب، يُحرِّمان الرِّبا ويُشدِّدان فيه حقَّ التَّشديد، لِمَا تقدَّم من شدَّة تحريمه، وعِظَم مَفسدته؛ ويَمْنعان الاحتيالَ عليه بكلِّ طريق، حتَّى قد يمنعا الذّريعةَ التي تُفضي إليه، وإنْ لَمْ تَكُنْ حيلَةً، وإنْ كان مالكٌ يُبالِغُ في سدّ الذّرائع ما لا يَخْتلِفُ قولُ أحمد فيه أو لا يقوله، لكنه يُوافقه بلا خِلافٍ عنه على منع الحيَل كلِّها»[1].

● **ثانيا: إعمالُ أصل سدِّ الذَّرائع في أبواب العبادة:**

ومن المقاصد التي استند فيها مالكٌ إلى سدّ الذّريعة، المحافظةُ على مَباني الشَّرع وأحكامِه من التَّغيير أو التَّبديل في الاعتِقاد والعمل في أبواب العبادة؛ وهذا المقصدُ له في فِقْه مالِكٍ مَظْهران:

الأوَّل: المحافظةُ على استقرار الأحكام الشَّرعيَّة؛ **والثَّاني**: حِياطةُ العبادة من أنْ يُزادَ فيها ما ليس منها.

وسأتناول كلَّ مَظْهَر على حِدة، ومدى إجْراءِ مالك لأصل سدّ الذّرائع فيه:

● **المظهر الأول: المحافظة على استقرار الأحكام الشرعيَّة:**

من مقاصد مالِكٍ في فقه إعمالِه لأصل سدّ الذّرائع، العملُ على الإبقاء على مراتب الأحكام الشَّرعية كما شَرَعها الشَّارع، دون تبديل أو تحوير؛ فالمباحُ يجب أنْ يبقى مُباحا في الاعتقاد وفي

---

(١) ابن تيمية، القواعد النورانية ١١٨-١١٩.

العمل، والمندوبُ يجب أن يستمرَّ في الاعتقاد والعمل على أنَّه كذلك، والشَّأن ذاته في المكروه والحرام والواجب.

فمالِكٌ يمنع الوسائل التي تُفضي إلى تبديل هذه المراتب عن الوَضع الذي أعطاه لها الشَّرع؛ فما كان ذريعة إلى أن يَقْلب المباح إلى مندوب في الاعتقاد أو العمل، فالمنعُ لازمٌ له، ويكون إعمالُ سدّ الذّرائع في هذا المعنى -من حيثُ التَّوسيع والتَّضييق- بحسب كَثْرَة طُروق التَّبديل على هذه الأحكام أو قلَّتها.

وغالبُ ما يكون التَّبديلُ والتَّحوير مُتعلِّقا بالمندوب والمباح؛ إذْ كثيرا ما يُظنُّ أنَّ المندوب إليه واجِبٌ لازمٌ الأخذُ به، كما يُظنُّ كثيرا أنَّ المندوب من قَبيل المباح الذي لا أجر في القيام به. وكذلك الأمر في المباح فكثيرًا ما يُعتقَد أنَّه من قبيل المندوب أو المكروه.

قال الشاطبي: «المندوبُ من حقيقة استقراره مندوبا، أنْ لا يُسوّى بينه وبين الواجب لا في القول ولا في الفعل، كما لا يُسوَّى بينهما فى الاعتقاد؛ فإنْ سوّى بينهما في القول أو الفعل، فعلى وجه لا يُخلّ بالاعتقاد»[١]، وقال: «وكما أنَّ من حقيقة استقرار المندوب، أنْ لا يُسوّى بينه وبين الواجب فى الفعل-: كذلك من حقيقة استقراره، أنْ لا يُسوّى بينه وبين بعض المباحات فى التَّرك المطلَق من غير بيان»[٢].

وهذا إنَّما يتعلَّق بأهل القُدوة من العلماء، الذين هم أئمَّة

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢١.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢٦.

يُؤتسى بهم، وأعلامٌ يُهتدى بعملهم وسُلوكهم؛ فبمقتضى النَّظر في المآل يجب أن تكون أعمالهم وأقوالهم منظورًا إليها من جهة مآل ما يَنتج عنها من اعتقاد العامَّة أو بعضهم لِمَا يُخالفُ أصلَ وَضْع الأحكام ومراتبها؛ فإذا كانت مُداومةُ إمام مُقتدى به لمندوب في ملإٍ، تُفضي بالنَّاس إلى اعتقاد وُجوب ذلك المندوب وحتميَّة القيام به، فإنَّ أصل الذّرائع يَقضي بأنَّ المداومة الظَّاهرة من هذا الإمام ممنوعةٌ؛ تنـزيلا لحكم الذّريعة منـزلةَ حكم ما يُتذرَّع إليه، واعتقادُ العامَّة أو بعضهم في الأحكام ومراتبها خلافَ ما وضعه الشَّارع، من الممنوع المحرَّم؛ لأنَّ فيه مناقضةً لمقصود الشَّارع في تلك الأحكام؛ فلزم ذلك أنْ يكون العمل الذي أفضى إلى هذا الممنوع ممنوعا؛ وهو المطلوب.

والسَّببُ الذي يدفع العامَّة إلى هذا الاعتقاد، هو ما رَأَوه من بعض أهل القدوة من: المداومة المطلقة الظَّاهرة لبعض المندوبات، أو التَّرك المطلق في الظَّاهر لبعض المندوبات أو المباحات.

ومن هاهنا نَصِلُ إلى أنَّ السَّبب الأساس في انحراف اعتقاد النَّاس في مراتب الأحكام، هو تنـزيلُ بعض أهل القدوة لبعض الأحكام في العمل -من حيثُ المداومةُ المطلقة والتَّرك المطلق- منـزلةَ أحكام أخرى تَشترِكُ معها في خاصّية التَّرك والمداومة؛ فمن ثمَّ وَقَعَ الاشتباهُ للعامَّة. وهذا إذا لم يكُن ثمَّة ما يُبيِّن المرتبة الحقَّة لهذا الحكم بالبيان القوليّ؛ أمَّا إذا وُجد البيان القوليّ، وأدَّى مقصدَه بأن انتفى الانحرافُ في الاعتقاد بذلك البيان، ارتَفَعَ حينها

إعمالُ سدِّ الذَّريعة.

ومن وُجوه الترك المطلق لبعض المباحات، إذا كان **المباح أو المندوب يتأتى فعله على وُجوه**، فيُثابر فيه على وَجْهٍ واحد تحريًّا له ويترك ما سواه، فيعتقد الجاهل أنَّ الوُجوه المتروكة في عمل العالِم غيرُ جائزة[1].

كيفية منع الذّريعة فيما كان بهذه السبيل:

وعلى هذا، فالطَّريق لمنع ذريعة اعتقاد تنـزيل بعض الأحكام في غير رُتبها، هو تركُ السَّبب الذي لأجله ترتَّب المنع؛ فتُتْرَكُ المداومةُ المطلقة حيثُ كانت هي السَّبب، ويُجتَنَبُ التَّركُ المطلق حيثُ كان المقتضيَ للممنوع. فعدَمُ المداومة الظَّاهرة للمندوب الذي نُـزِّل منـزلةَ الواجب، بترك العمل به في بعض الأحايين، هو الطَّريقُ لمنع الاعتقاد الفاسد[2].

ومن هذا القَبيل ما ثَبَتَ من أنَّ عمرَ بنَ الخطَّاب رضي الله عنه قرأ السَّجدةَ على المنبر ثمَّ سَجَدَ وسجد معه النَّاس، وقرأها في كرَّةٍ أخرى، فلمَّا قرُب من موضعها تهيَّأ النَّاسُ للسّجود، فلم يسجدها، وقال: «إنَّ الله لَمْ يَكتُبْها علينا، إلَّا أنْ نَشاء»[3].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٣٣-٣٣٤.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٣٢-٣٣٣.

(٣) مالك في الموطإ، كتاب الصلاة، باب ما جاء في سجود القرآن، رقم ٥٥١، عن هشام بن عروة عن أبيه أن عمر بن الخطاب. وهو منقطع بين عروة وعمر. ورواه البخاري في صحيحه، كتاب سجود القرآن، باب من رأى أن الله عز وجل لم يوجب السجود، رقم: ١٠٧٧، من طريقين آخرين عن عُمَر رضي الله عنه، وبلفظين آخَرين.

ومِنْ فِقْهِ مالِكٍ، أنه سئل عن التسمية عند الوضوء، فقال: «أيحبُّ أنْ يَذْبَح؟!» إنكارًا لِمَا يُوهِمُه سؤالُ السائل مِنْ تأكُّد الطَّلَب فيها عند الوضوء[1].

كذلك، فإنَّ المندوب الذي تَرَك أهلُ القدوة العملَ به مطلقًا، يَنبغي عليهم أنْ يفعلوه جِهارًا ليرفعوا عن النَّاس توهُّمَ كونه مُباحًا؛ مثالُه: قولُ مالِكٍ في نُزول الحاجّ بالمحصَّب من مكَّة، وهو الأبطح: قال مالك: «أستحبُّ للأئمَّة ولمن يُقتدى به أنْ لا يُجاوِزه حتَّى يَنْزلوا به، فإنَّ ذلك في حقِّهم»، قال الباجيّ: «لأنَّ هذا أمرٌ قد فعله النَّبيُّ ﷺ والخلفاءُ، فتعيَّن على الأئمَّة ومَنْ يُقتدَى به من أهل العلم إحياءُ سنَّته، والقيام بها، لئَلَّا يُترك هذا الفعلُ جملةً، ويكون للنزول بهذا الموضع حكمُ النزول بسائر المواضع، لا فضيلةَ للنزول به»[2]؛ قال الشاطبي: «وظاهِرٌ من مذهب مالك: أنَّ المندوب لا بُدَّ من التَّفرقة بينه وبين ما ليس بمندوب، وذلك بفعله وإظهاره»[3].

وكذلك يُقال في المباح الذي نُزِّل منزلةَ المندوب بالمداومة عليه مُطلَقًا، بأن يتركوا العمل به في بعض الأحايين لبيان إباحته؛ وكذا المباح الذي تُرِكَ بَتَّةً من أهل الأسوة، فإنَّ عليهم العملَ به ليدفعوا عن العامَّة شُبْهَةَ كونه مطلوبَ الترك.

أمَّا إذا كان المباح أو المندوب يتأتَّى فعلُه على وجوه، فيُثابر

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٣٣.

(٢) الباجي، المنتقى ٣/ ٤٤، الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢٧.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢٧.

العالم فيه على وجه واحد تحرّيا له ويترك ما سواه، فيعتقد الجاهل أنَّ الوجوه المتروكة في عمل العالم غير جائزة؛ فوَجْهُ سدّ الذّريعة أنْ يأتي بالأوجه التي تركها مُطلقا، ليُبيّن دخول مرتبتها في الحكم، ويدفع ما بالنَّاس من زلل في الاعتقاد.

ومثالُ ذلك ما نُقلَ عن مالك أنه سئل عن المرَّة الواحدة في الوضوء، قال: «لا، الوضوءُ مرَّتان مرَّتان، أو ثلاث ثلاث» مع أنَّه لم يحدّ في الوضوء ولا في الغسل إلَّا ما أسبغ، قال اللَّخمي مُعلِّلا ذلك: «وهذا احتياطٌ وحِمايةٌ؛ لأنَّ العاميَّ إذا رأى مَنْ يُقتدى به يتوضأ مرَّةً مرَّةً، فَعَلَ مثل ذلك، وقد لا يُحسِنُ الإسباغَ بواحدة، فيوقعه فيما لا تجزئ الصَّلاةُ به»(١).

بل قد صرَّح بذلك مالكٌ في بعض الرِّوايات؛ قال: «لا أحبُّ الواحدة إلَّا من العالِم»(٢)؛ أي: يصنع ذلك في خاصَّة نفسه.

وفي مذهب مالك من هذا القبيل كثير؛ وسأسوق في هذا الموضع بعضًا منها تدلُّ على ما وراءها:

من ذلك أنَّ الإمام مالكا رضي الله عنه كان يكرَهُ **المجيء إلى بيت المقدس** خيفةَ أن يتَّخذ النَّاسُ ذلك سنة، وكان يَكره مجيءَ قُبور الشُّهداء خوفًا من ذلك(٣).

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٣٣-٣٣٤، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٢٦١.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٢٦١.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٢٣٨، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٦١. وانظر: الطرطوشي، الحوادث والبدع ٢٩٥.

وقد كرِه مالكٌ **إتباعَ رمضان بصوم ستَّة أيَّام من شوَّال** مَخافةَ أنْ يَعتقِدَ العامَّةُ أنَّها في حكم صوم رمضان؛ قال القَرافيُّ: «قد وَقعَ ذلك بالعَجَم»[(١)].

الدليل على ذلك:

ومن الدَّليل على هذا الذي ذَهَب إليه مالك من التَّفريق بين مراتب الأحكام الأدلَّة الآتية؛ وهي أدلةٌ تعضُدُ أصلَ سدّ الذّرائع وتُقوِّيه:

فمن ذلك البيان القولي له ﷺ في النهي عن أمور خشيةَ أنْ تُلْحَقَ بالواجب:

قال ﷺ: «لا يَتقَدَّمنَّ أحَدُكم رمضانَ بصوم يَوْمٍ أوْ يَوْمَيْنِ»[(٢)]؛ لئلَّا يُلحَق برمضانَ ما ليس منه[(٣)].

ومن البيان بالفعل أنَّه ﷺ قام ليالي من رمضانَ فى المسجد فاجتمع إليه ناسٌ يُصلّون بصلاته، ثمَّ كثروا، فترك ذلك؛ وعلَّل بخشية الفرض[(٤)]؛ قال الشَّاطبي: «ويَحتمل وَجهين: أحدهما: أنْ يُفرَض بالوحي؛ وعلى هذا جمهور النَّاس. والثَّانى: فى معناه،

(١) القرافي، الفروق ٢/ ١٩١. وانظر: الموافقات ٣/ ٣٢٥-٣٢٦.

(٢) رواه البخاريّ في صحيحه، كتاب الصَّوم، باب لا يتقدَّمنَّ رمضان بصوم يوم أو يومين، رقم: ١٩١٤، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) الشَّاطبيّ، الموافقات ٣/ ٣٢٣، الاعتصام ٣/ ٣٢٩.

(٤) رواه مالك في الموطإ، كتاب الصلاة، با الترغيب في الصلاة في رمضان، رقم ٢٩٩، من حديث عائشة رضي الله عنها. ورواه من طريق مالك: البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب تحريض النبي ﷺ على صلاة الليل والنوافل...، رقم ١١٢٩، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب الترغيب في قيام رمضان وهو التراويح، رقم ٧٦١.

وهو الخوفُ أنْ يَظنّ فيها أحدٌ من أمَّته بعده إذا داوم عليها، الوُجوب؛ وهو **تأويلٌ مُتمكّن!**»[١].

ومن الأدلَّة على منع الذّرائع المفضية إلى اختلال الاعتقاد في مراتب الأحكام، أنَّ الصحابةَ كانوا يَحْتاطون لهذا الباب، فقد ثبت عن كثير منهم أنَّهم كانوا يتركون الشَّيء المندوب إليه خشيةَ اعتقاد الناس وجوبه[٢]؛ ومن أمثلة ذلك عن الصَّحابة ﷺ:

ورُوي عن عثمان ﷺ أنَّه أتمّ الصَّلاة بمنى، ثُمَّ خطب النَّاسَ؛ فقال: «يا أيها الناس؛ إنَّ القصر سنة رسول الله ﷺ وصاحِبَيه، ولكنه حدث طَغَامٌ من الناس فخِفْت أن يستنوا»[٣]. فترى كيف أنَّ

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٢٤.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢٤، الاعتصام ٢/ ٣٢٩-٣٣٢.

(٣) رَوَاه البيهقيُّ في «السنن الكبرى»: (٣/ ١٤٤/ ٥٢٢٣): من طريق يعقوب بن حميد بن كاسب ثنا سليمان بن سالم مولى عبد الرحمن بن حميد عن عبد الرحمن بن حميد عن أبيه عن عثمان بن عفان. وسُليمانُ بن سالم قال فيه أبو حاتم: شَيخٌ، وذَكَره البُستِيُّ في الثِّقات. وقال ابنُ عدي (الكامل ٣/ ٢٧٠): «قليل الحديث...ولا أرى بمقدار ما يَرويه بأسًا».

ورَوَى عبد الرزاق في المصنَّف (٢/ ٤٢٧٧): عن ابن جريج قال: بَلَغني أنه أوْفَى أربعًا بمنى قطّ، من أجل أنَّ أعرابيا ناداهُ في مسجد الخيف بمنى: يا أميرَ المؤمنين، ما زِلْتُ أُصلِّيهما ركعتين منذ رأيتُك عامَ أوَّل صليتَها ركعتين! فخَشِيَ عُثمانُ أنْ يَظُنَّ جُهَّالُ النَّاس أنَّما الصلاة ركعتين، وإنما كان أوفاها بمنى قطّ.

ورَوَى الطَّحاوي في شرح معاني الآثار (١/ ٤٢٥): من طريق أيوب عن الزُّهرى قال: إنَّما صلَّى عثمان ﷺ بمنى أربعا، لأنَّ الأعراب كانوا أكثر في ذلك العام، فأحَبَّ أنْ يُخبِرَهم أنَّ الصَّلاةَ أربع.

قال الحافظ ابنُ حجر في «الفتح» (٢/ ٥٧١) بعد ذِكْره للروايات السابقة: «وهذه طُرقٌ يُقوّي بعضُها بعضًا»..

عثمان ﷺ ترك سُنَّةَ القَصر في السَّفر للمآل الذي خَشِيَه من اعتقاد النَّاس ممَّن لم يكُن من أهل المدينة كونَ عدد ركعات الصَّلاة اثنتين[١].

ورُوِيَ عن بعض الصَّحابة ﷺ أنهم لم يَكونوا يُضحُّون، مَخافَةَ أنْ يَرَى النَّاسُ أنَّ ذلك واجبٌ[٢]، ولا خلافَ بين العلماء في أنَّ الأضحية مطلوبة؛ غيرَ أنَّ خوف المآل الفاسد من اعتقاد المندوب واجبًا، جَعَل فُقهاءَ الصَّحابة ﷺ يتركون الأضحية، بيانًا لعدم الوجوب؛ وهذا هو عين الفقه[٣].

قال الشَّاطبيّ: «وقد عوَّل العلماء على هذا المعنى، وجعلوه أصلا يطَّردُ، وهو راجعٌ إلى سدّ الذّرائع الذي اتَّفق العلماءُ على إعماله فى الجملة، وإن اختلفوا فى التَّفاصيل»[٤].

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢٤، الاعتصام ٢/ ٣٢٩.

(٢) رَوَى البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٦٥): عن الشعبي عن أبي سريحة الغفاري (حذيفة بن أسيد) قال: أدركتُ أبا بكر أو رأيتُ أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يُضحِّيان، كراهية أن يقتدى بهما.

وَرَوى البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٦٥): عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما كان إذا حَضَر الأضحى أعطى مولى له درهمين، فقال: اشتَرِ بهما لَحْمًا، وأخبِرْ الناسَ أنه أضحى ابنِ عبَّاس.

ورَوَى البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٦٥): عن سفيان عن الأعمش عن أبي وائل عن أبي مسعود الأنصاري ﷺ قال: إني لأدَعُ الأضحى وإنِّي لموسِرٌ، مَخافةَ أنْ يرى جيراني أنه حَتْمٌ عليَّ. وفي «التلخيص الحبير»: «وهو في «سنن» سَعيد بن منصور عن أبي مَسعودٍ بسَنَدٍ صَحيح».

(٣) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢٥، الاعتصام ٢/ ٣٣١-٣٣٢.

(٤) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٢٨.

• المظهر الثَّاني: من مقاصد سدّ الذّرائع: حياطة جانب العبادة من الزيادة ومن طروق البدعة عليها:

ومن مقاصد إعمال سدّ الذّرائع: حياطةُ جانب العبادة من أن يَصير الوصفُ عرضة لأنْ ينضمَّ إلى العبادة، حتَّى يُعتَقَد فيه أنَّه من أوصافها أو جزءٌ منها؛ فتُعمَل قاعدةُ الذّرائع في ذلك، بأنْ يُتَلافى إلحاقُ ذلك الوَصْف بالعبادة[1]. فلهذا نَجِدُ أنَّ مالِكًا رَحِمَهُ اللَّهُ يَتشدَّدُ أيَّما تشدُّدٍ في هذا المجال، فإنَّه يُنكِرُ الالتزامَ ببعض الهيئات في العبادة المشروعة أو تخصيصَ العبادات ببعض الأزمنة أو الأمكنة؛ لأنَّ في ذلك ذريعةً لئن يُعتَقَد أنَّ تلك الهيئاتِ أو التَّخصيصَ بالزَّمان والمكان جزءٌ من تلك العبادة، ومن أوصافها الشَّرعية؛ وهي ليست كذلك.

وممَّا حكاه ابن وضاح في هذا السِّياق؛ قال: ثوَّب المؤذِّنُ بالمدينة في زمان مالك، فأرسل إليه مالكٌ، فجاءه، فقال له مالك: ما هذا الذي تفعل؟ فقال: أردتُ أنْ يَعرِفَ النَّاسُ طُلوعَ الفجر فيقومون؛ فقال له مالك: لا تفعل، لا تحدث في بلدنا شيئا لم يكن فيه، قد كان رسول الله ﷺ بهذا البلد عشر سنين، وأبو بكر وعمر وعثمان فلم يفعلوا هذا؛ فلا تحدث في بلدنا ما لم يكن فيه. فكفَّ المؤذِّنُ عن ذلك، وأقام زمانا، ثمَّ إنَّه تنحنح في المنارة عند طُلوع الفجر، فأرسَلَ إليه مالكٌ، فقال له: ما الذي تفعل؟ قال: أردتُ أنْ يَعرِفَ النَّاسُ طُلوعَ الفجر؛ فقال له: ألَمْ أنهك أنْ لا

---

(١) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٣٢٨-٣٢٩.

تُحدِثَ عندنا ما لم يكُن؟ فقال: إنَّما نهيتَني عن التَّثويب؛ فقال له: لا تفعل. فكفَّ زمانا، ثمَّ جعل يضرب الأبوابَ، فأرسل إليه مالك، فقال: ما هذا الذي تفعل؟ قال: أردتُ أنْ يَعرف النَّاسُ طلوعَ الفجر؛ فقال له مالك: لا تفعل، لا تُحدِث في بلدنا ما لم يكن فيه[١].

ويتأكّد الأمرُ عند مالك في منع الذَّريعة أنْ تكون الأوصافُ مُعْلَنًا بها في الجماعات والمواضع العامة؛ إذْ لا يَسْلَمُ العامَّةُ من اعتقاد كون تلك الأوصاف من أجْزاء العِبادَة المشروعة.

ثالثا: إعمال أصل سد الذَّرائع في أبواب السِّياسة الشَّرعيَّة:

ومن أجلِّ مواقع إعمال سدّ الذّرائع[٢]: مجالُ السِّياسة العامَّة المتعلِّقة بالأمَّة؛ فإنَّ لهذا الأصل أثرا عظيما في السِّياسات الرَّشيدة التي يتَّخذُها وُلاة الأمر حرصا منهم على مصلحة الأمَّة ودرءا للفساد عنها. ومِنْ أجلى مظاهر تطبيق هذا الأصل، سياسةُ الحفاظ على أمن الأمَّة الدَّاخليّ والخارجيّ، فهو لا يتأتَّى إلَّا بهذا الأصل الوقائيّ الذي يسُدُّ منافِذَ الفساد، ويقطَعُ الطريق عليه، فلا يُنتظَر وقوع الفساد في الأمَّة، وإنَّما يُبادَر إلى منع الوقوع أوَّلا؛ وهذا هو الحزمُ والسِّياسةُ الشَّرعيَّة الحكيمة؛ قال الجويني: «منعُ المبادي، أوْلى من قطع التَّمادي»[٣].

ومُعتمد سدّ الذَّرائع، كما تقدَّم، الاكتفاءُ بمجرَّد ظنّ وقوعِ

(١) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٣٩٥.

(٢) بمفهومه العام الشامل للوسائل المفضية إلى المفاسد مما ليس فعلا محرَّما.

(٣) الجويني، الغياثي فقرة: ٢٦٩.

الممنوع من الوسيلة، ولا يُشتَرَطُ فيه اليقينُ؛ وعلى هذا المهيع تُبنى السِّياسة لبُعْد اليقين وندورِه؛ بل السِّياسة تَعتَمد على احتمال إفضاء الذَّريعة إلى الفساد، ولو كان ضعيفا؛ «فالذّرائعُ الملغاةُ في التَّشريع في حُقوق الخُصوص، غيرُ مُلغاةٍ في سياسة العُموم؛ ولذلك يقول عُلماء الشَّريعة: إنَّ نَظرَ وُلاة الأمور في مصالح الأمَّة أوسعُ من نَظَر القُضاة»[١].

قال الشيخ ابن عاشور في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ ﴿٥٨﴾﴾ [الأنفال: ٥٨]-: «وإنَّما رتَّب نبذَ العهد على خوف الخيانة دون وُقوعها، لأنَّ شُؤونَ المعاملات السِّياسيَّة والحربيَّة تَجري على حسَب الظُّنون، ومخايل الأحوال، ولا يُنتَظرُ تحقُّق وُقوع الأمر المظنون؛ لأنَّه إذا تريَّث وُلاةُ الأمور في ذلك يكونون قد عرَّضوا الأمَّة للخطر أو للتورُّط في غفلة وضَياع مصلحة؛ ولا تُدارُ سياسة الأُمَّة بما يُدار به القضاء في الحقوق؛ لأنَّ الحقوق إذا فاتت كانت بليَّتُها على واحد وأمكن تَدارُك فائتها، ومصالحُ الأمَّة إذا فاتت تمكَّنَ منها عدوُّها»[٢].

* * *

---

(١) ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٩/ ١٣١-١٣٢.

(٢) ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٠/ ٥٢.



المبحث الثَّالث

سدّ الذرائع في المذهب المالكي: أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب

وفي هذا المبحث مطلبان؛ وهما:

المطلب الأوَّل: الأدلة الناهضة بحجية أصل سد الذرائع.

المطلب الثَّاني: علاقة سدِّ الذرائع بالأصول الاجتهادية في المذهب.

المطلب الأول

الأدلة الناهضة بحجية أصل سدّ الذّرائع

أصلُ سدِّ الذَّرائع عند المالكية من الأصول القطعيَّة التي ثَبَتَ اعتبارُها في الشَّرع اعتبارًا قاطعا؛ قال الشَّاطبيُّ: «وسدُّ الذّرائع مطلوبٌ مشروع؛ وهو أصل من الأصول القطعيَّة في الشَّرع»[1].
وقد احتجَّ المالكيَّةُ لإثبات حجيَّة هذا الأصل بأدلَّة مُتكاثِرَة، سآتي في هذا المطلب على عُيونها:

● **الدَّليل الأوَّل: سدُّ الذّرائع ممَّا بُنِيَ الشَّرعُ عليه:**

لقد دَلَّ استقراءُ تصرُّفات الشَّارع على أنَّه لَحَظ في تشريعه منعَ ذرائع المحظور، وحَسَمَ مادَّة الفساد، وقَطَعَ السُّبل التي يُمكِنُ أن يُفضي بها إلى ما نهى الله عنه؛ وقد أفادت تلك الأحكامُ الجارية على منع الذّرائع عُمومًا معنويًّا وأصلا كليّا، بحيث يُستَدَلُّ به رأسًا على تفاريع المسائل، دون احتياجٍ إلى القياس على خُصوص النُّصوص. كما أنَّ هذا الاستقراء أفاد بأنَّ أصل سدّ الذّرائع من الأصول القطعيَّة في الشَّرع؛ لأنَّ الاستقراء التَّامَّ هي الآليَّة التي أفادت هذا الأصل، وهذا النّوعُ من الاستقراء ممَّا يُفيد العلم.
قال الشَّاطبيُّ: «الذّرائع قد ثبت سدُّها فى خُصوصات كثيرة،

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٢٢٠.

بحيث أعطَتْ فى الشَّريعة معنى السَّدِّ مُطلقا عامًّا»[١].

وقد عمل السَّلفُ بقاعدة سدّ الذّرائع مُرتكزين على هذا العموم المعنويّ الذي فهموه من تصرُّفات الشَّارع في تشريعه؛ قال الشَّاطبي: «قاعدةُ سدّ الذّرائع إنَّما عمِلَ السَّلف بها بناءً على هذا المعنى»[٢].

وإذا ثبت هذا، فنأتي إلى بيان بعض تفاريع الشَّريعة التي انبنت على اعتبار سدِّ الذَّرائع ودلَّت عليه؛ وهي شواهدُ كثيرة:

الشَّواهد من كتاب الله:

١- ومن هذه الشَّواهد قولُه تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرْنَا﴾ [البقرة: ١٠٤]؛ فمَنَعَ الله تعالى المسلمين من أن يقولوا: «راعنا» مع قصدهم إلى طلب الرِّعاية؛ سدّا لبابٍ كان اليهود يدخلون منه إلى سبِّ النبي ﷺ؛ إذْ يَستعملون هذه الكلمة ولا يقصدون منها طلبَ الرِّعاية، وإنَّما يقصدون بها معنى اسمِ الفاعل المأخوذ من الرّعونة[٣]، وقيل: بأنَّ «راعنا» بلسان اليهود سبّ؛ أي: اسمع لا سمعتَ، فاغتنموها وقالوا: كنَّا نسُبُّه سرّا، فالآن نسبُّه جهرًا![٤]. فترى كيف مَنَعَ

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٠٥-٣٠٦.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٠٠.

(٣) ابن عطية، المحرر الوجيز ١/ ٤٢٦، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٥٦.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٧-٥٨، الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٣، الإشارة ٣١٦، ابن رشد، المقدمات ١/ ٣٦١، الراعي الأندلسي، انتصار الفقير السالك ٢٣٥، ابن عطية، المحرر الوجيز ١/ ٤٢٦.

المسلمون من ذلك، مع سَلامة قَصْدِهم.

٢- ومن هذا الباب قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام:١٠٨]؛ فقد نهى الله تعالى عن أن تُسَبَّ معبوداتُ المشركين على سَمْع منهم، وفي الآية بيانُ أنَّ وجه النَّهي عن هذا السّبّ، إفضاؤُه إلى الممنوع، وهو إطلاق ألسنتهم بسبِّ الله تعالى(١).

وممَّا يُشبه هذا الشاهد ما جاء فى الصحيح عن النَّبيِّ ﷺ أنه قال: «من أكبر الكبائر شتمُ الرَّجل والديه» قالوا: يا رسولَ الله، وهل يشتم الرَّجلُ والديه؟! قال: «نعم، يسُبُّ أبا الرَّجل فيسبّ أباه، ويسبّ أمَّه فيسبّ أمَّه»(٢). فجعل ﷺ الرَّجل شاتما لوالديه، ولم يصدُر منه شتمُهما حقيقة، وإنَّما كان منه تعاطي وسيلة هذا الشَّتم، وهو شتمُه لوالد الرَّجل الأجنبيّ أو لأمِّه. فدلَّ هذا على أنَّ فاعل الوسيلة بمنزلة فاعل ما يُتوسَّل إليه، فالتَّعرُّض لسبِّ الآباء سبٌّ للآباء(٣). ومع كون السبِّ في أصله غير مأذونٍ فيه، فإنَّ عَدَّ السَّبِّ من أكبر الكبار كان منظورًا فيه ما أفضى إليه من سبِّ والديه.

---

(١) ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/ ٢٦٥-٢٦٦، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٨، ٧/ ٦١، رشد، المقدمات ١/ ٣٦١، ابن ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٥، الراعي الأندلسي، انتصار الفقير السالك ٢٣٤، ابن عطية، المحرر الوجيز ٥/ ٣١٢-٣١٣، المازري، شرح التلقين ٤/ ٣١٨.

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٩، الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٣٣٦-٣٣٧، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٥٦.

٣- قال الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥] فمَنعت الشَّريعة خِطبة المعتدَّة باللَّفظ الصَّريح؛ لأنَّ في ذلك إمكانَ أنْ تتسرَّع المعتدَّة بإجابة الخطَّب، وادّعاء انقضاء العدَّة قبل انتهاء أجلها حيقةً؛ وهذا ما يُفضي إلى فَساد اختلاط الأنساب[1]. وللعلَّة نفسها مُنِعَت المرأةُ من الزِّينة حال العدَّة[2].

٤- قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ ﴿٣٠﴾﴾ [النور: ٣٠]؛ فالأمرُ بغضِّ الطَّرف كان من جهة أنَّ النَّظر يُثير الهَوَى، والهوى يبعَثُ على ارتكاب الفاحشة التي تؤدِّي إلى مفسدة هتك الأعراض واختلاط الأنساب[3].

٥- وقال الله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، فالضَّرْبُ في نفسه جائزٌ، ولكن نُهِيَ عنه لئلا

(١) ابن العربيّ، أحكام القرآن ١/ ٢٨٤، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٥٦. وللمالكيّة قاعدة مفادُها: «منع المواعدة بما لا يصحّ وقوعه في الحال؛ سدًّا للذريعة»؛ قال المقَّرِيُّ: «قاعدة: أصلُ مالك منعُ المواعدة بما لايصح وقوعُه في الحال؛ حمايةً. كالمواعدة في العدَّة، وعلى بيع الطَّعام قبل قَبضه، ووقت نداء الجُمعة، وعلى ما ليس عندك، وفي الصَّرف، وثالثها الكراهة...». المقَّريّ، القواعد رقم ٨٩٠، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٤٩٢، الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ٢٧٨-٢٨٠، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/ ٥٠٩-٥١٠.

(٢) ابن العربيّ، أحكام القرآن ١/ ٢٨٤.

(٣) الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٣٣٥، محمَّد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٥٦.

يكون سببًا في تطلُّع الرِّجال إلى المرأة الأجنبية الضَّاربة رِجلَها[١].

الشَّواهد من السّنة النّبويَّة:

ومن الأدلَّة الواردة في السُّنة على حجيَّة المنع من الذّرائع:

١- قولُه ﷺ: «دعْ ما يريبُك إلى ما لا يريبُك»[٢]، وقوله ﷺ: «إنَّ الحلال بَيِّنٌ، وإنَّ الحرام بَيِّنٌ، وبينهما مُشتبهات لا يعلمهنَّ كثيرٌ من الناس، فمن اتَّقَى الشُّبهاتِ استبرأ لدينه وعِرْضه، ومَنْ وَقَع في الشُّبهاتِ وَقَع في الحرام، كالرَّاعي يَرْعَى حَوْلَ الحِمَى يُوشِكُ أنْ يَرْتَع فيه، ألَا وإنَّ لكل مَلِكٍ حِمى، ألا وإنَّ حِمَى الله مَحارِمُه»[٣].

قال القرطبيُّ: «فمَنَعَ من الإقدام على الشّبهات مخافةَ الوقوع في المحرَّمات؛ وذلك سدًّا للذّريعة»[٤].

---

(١) المازري، شرح التلقين ٤/ ٣١٨.

(٢) الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٣، ابنُ رشد، المقدمات ١/ ٣٦٢، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٤. والحديثُ رواه الترمذي، في جامعه، أبواب صفة القيامة والرقائق والورع، رقم: ٢٥١٨، وقال الترمذي فيه: «حديث حسن صحيح». والنسائي في كتاب الأشربة، باب الحث على ترك الشبهات، رقم ٥٧١١، وأحمد في مسنده رقم: ١٦٣٠؛ وابن خزيمة في الصحيح (٢٣٤٨)، وابن حبان في صحيحه، رقم: ٧٢٢. ورواه الحاكم في المستدرك (٢١٦٩)، وقال: «صحيح الإسناد، ولم يخرجاه». كلهم من حديث ابن أبي مريم عن أبي الحوراء عن الحسن بن علي رضي الله عنهما. وراجع طرقه عند ابن رجب في «جامع العلوم والحكم».

(٣) الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٣، ابن رشد، المقدمات١/ ٣٦٢، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ٣٦٤. والحديث رواه البخاريّ في صحيحه، كتاب الإيمان، باب فضل من اسبرأ لدينه، رقم: ٥٢، ومسلم في كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم ١٥٩٩. واللفظ لمسلم.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٨-٥٩.

٢- وعن عائشة أمِّ المؤمنين أنَّ أمَّ حبيبة وأمَّ سلمة ذَكَرتا كنيسةً رأينها بالحبشة فيها تصاويرُ، فذكرتا للنبي ﷺ، فقال: «إنَّ أولئك إذا كان فيهم الرَّجُل الصَّالح فمات، بَنَوْا على قبره مَسجِدًا، وصوَّروا فيه تلك الصُّوَر، فأولئك شِرارُ الخلق عند الله يوم القيامة»[١].

فحذَّر النَّبيُّ ﷺ عن مثل صنيعهم، وشدَّد النَّكير والوعيد على من فعل ذلك من هذه الأمة، وسدَّ الذّرائع المؤدِّية إلى ذلك فنهى أنْ تُتَّخذ قبور الأنبياء مساجدَ لئلَّا تكون ذريعة إلى عبادتها[٢]؛ وقال: «اللَّهمَّ لا تجعل قبري وَثَنًا يُعْبد»[٣].

٣- وقوله ﷺ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[٤].

فمنعُ فضل الماء المملوك في الأصل جائزٌ لأنَّه تصرُّفٌ في الملك؛ إذ الإنسان مُسلَّطٌ على ماله، ولكن لما اتُّخذ ذريعة إلى

---

(١) رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب هل تنبش قبور مشركي الجاهلية ويتخذ مكانها مساجد، رقم: ٤٢٧، ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن بناء المساجد عل القبور واتخاذ الصور...، رقم ٥٢٨.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٨.

(٣) رواه مالك في الموطإ (٤٧٥): عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار، مُرسَلًا. ورواه أحمد في المسند (٧٠٥٤): حدثنا سُفيان عن حَمزة بن المغيرة عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «اللهم لا تَجعَلْ قبري وثنا، لعن الله قوما اتخذوا قبور أنبيائهم مساجِدَ».

(٤) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المياه، رقم: ٢١٦٩، ومن طريق مالك رواه: البخاري في كتاب المساقاة، باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء...، رقم: ٢٣٥٣، ومسلم في كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج...، رقم: ١٥٦٦.

منع الكلأ الذي حوله صار منعُ الماء منهيّا عنه[١].

٤- نَهَى النَّبيُّ ﷺ عن الخليطين من الأشربة[٢]، ونَهَى كذلك عن الانتباذ في الدُّبّاء والمُزفَّت[٣]؛ ومُدرَكُ هذا النَّهي أنَّ الخلطَ عند الانتباذ، والانتباذَ في الدُّباء والمزفَّت، ممَّا يُعجِّل تغييرَ ما يُنبَذ؛ فسُدَّت الذَّريعة[٤]؛ قال زرّوق: «وهذا أصلٌ في سدّ الذّرائع في المذهب»[٥].

٥- وقال ﷺ: «إذا تبايعتُم بالعِينة، وأخذتُم أذنابَ البقر، ورضيتُم بالزَّرع، وتركتُم الجهاد -: سَلَّط الله عليكم ذُلًّا لا يَنزِعُه حتَّى ترجعوا إلى دينكم»[٦].

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٠، الباجي، المنتقى ٦/ ٣٧.

(٢) من ذلك: ما رواه البخاري في كتاب الأشربة، باب من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكرا. . .، رقم ٥٦٠٢، ومسلم في كتاب الأشربة، باب كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين، رقم ١٩٨٨، من حديث أبي قتادة رضي الله عنه.

(٣) المنتقى للباجي ٣/ ١٤٨. قال ابن رشد في البيان والتحصيل (١٦/ ٢٨٠): «وإنما نهى عن خلط الشرابين إذا اختلف أصولهما، ومن جمع الشيئين المختلفين في الانباذ-: من باب حماية الذرائع، لأن الشدة والإسكار يُسرِع إليهما بذلك». والحديث رَواه مالك في الموطأ، كتاب الأشربة، باب ما يُنهى أنْ يُنبَذ فيه، رقم: ٢٤٤٦، من حديث نافع عن ابن عمر. ومن طريق مالك رواه: مسلم في كتاب الأشربة، باب النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم والنقير، رقم ١٩٩٧. والدُّبّاء هي القرع، والمزفَّت هو ما طُلِيَ بالزفت.

(٤) الباجي، المنتقى ٣/ ١٤٨.

(٥) زروق، شرح الرسالة ٢/ ٣٥٣.

(٦) الحديثُ مأثور عن ابن عمر رضي الله عنه. وهو مروي عنه من طرق عن: نافع، وعطاء بن أبي رباح، ومجاهد، وشهر بن حوشب:

=

= أولا: طريق: نافع عن ابن عمر:
رواه أبو داود: السنن، كتاب الإجارة، باب في النهي عن العينة، رقم: (٣٤٦٢)، وأبو نعيم في الحلية (٥/٢٠٨-٢٠٩) من طريق حيوة بن شريح عن أبي عبد الرحمن الخراساني عن عطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر، به.
وأبو عبد الرحمن الخراساني هو إسحاق بن أسيد، قال أبو حاتم: «شيخ ليس بالمشهور، ولا يُشتغَلُ به»، ثُمَّ إنَّ التفرُّد بمثل هذا الحديث من طريق نافع، مِمَّا يَستنكِرُه أهلُ الحديث! إذْ أصحاب نافع مُتوافِرون.. وقد عَدَّ هذا الحديثَ في مَناكيره الذهبيُّ في «الميزان» (٧/٣٩٣). وقال أبو نعيم في الحلية (٥/٢٠٨-٢٠٩): «غريب من حديث عطاء عن نافع، تفرَّد به حيوة عن إسحق».
وقد رُوِيَ عن الأعمش عن نافِعٍ عن ابن عُمَرَ، كما سيأتي قَريبًا بَيانه. والأعمش لم يسمع من نافع.
ورُوِيَ الحديث من طريق فضالة بن حصين عن أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر. رواه العسكري في «تصحيفات المحدثين» (١/١٩١)، وابن شاهين في جزء «الأفراد»، وقال: «تفرَّد به فضالة». (سلسلة الأحاديث الصحيحة رقم ١١)، وأشار لهذه الرواية أبو نعيم في «الحلية» (٣/٣١٨ - ٣١٩). وفضالة قال فيه البخاري وأبو حاتم: مضطرب الحديث. وفيه كلامٌ شَديدٌ. ثُمَّ أينَ أصحابُ أيوبَ عن هذا الحديث! حتى يَجيء فضالة فيرويه عنه!
والخُلاصَةُ أنَّ الحديث من طَريق نافع، مُنْكَرٌ لا يَصِحُّ عنه.
ثانيا: طريق: عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر:
رواه عن عطاء الأعمشُ. ورواه الليثُ بن أبي سليم واختلف عنه، فأدخل بعضهم بينه وبين عَطاء عبدَ الملك بن أبي سُليمانَ:
أمَّا رواية الأعمش عن عطاء:
فرواها أحمدُ في المسند: (٤٥٩٣)، والطبراني في الكبير: (١٣٥٨٣)، والبيهقي في «الشعب» (٤٢٢٤): عن أبي بكر عن الأعمش عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر.
قال الدَّارقُطني: «غريبٌ مَنْ حديث الأعمش عن عَطاء، تفرَّد به أبو بكر بنُ عيَّاش عنه...». (أطراف الغَرائب والأفراد ١/ ٥٤٥).
=

بثمن معلوم إلى أجل مُسمّى، ثمَّ يَشتَريها منه بأقلّ من الثَّمن الذي

= وقال البيهقي (٤٢٢٤): «وهذا حديثٌ يُعرَفُ من حديث حيوة بن شريح عن إسحاق أبي عبد الرَّحمن الخراساني عن عَطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر».
وصحَّح هذه الطريق ابنُ القَطَّان الفاسِيُّ في «بيان الوهم والإيهام» (رقم ٢٤٨٤). لكن تعقبه ابن حجر في «التلخيص»، بأن الحديث معلول، قال: «الأعمش مُدلِّسٌ، ولم يَذكُرْ سماعَه من عطاء. وعطاء يَحتمل أنْ يكون هو عطاء الخراساني، فيكون فيه تدليس التسوية بإسْقاط نافِع بين عَطاء وابن عُمَرَ، فرجع الحديثُ إلى الإسناد الأوَّل، وهو المشهورُ». لكن يُتعقَّب قول ابن حجر بأنه صُرِّح بأن عطاء هو عطاء بن أبي رباح، كما في «مسند» أحمد، و«معجم» الطبراني، و«شعب الإيمان»!
قال ابن تيمية (بيان الدليل ٧١-٧٢): «. . . رواه أحمد في مسنده. . . ورواه أبو داود. . . وهذان إسنادان حسنان أحدهما يشد الآخر، فأما رجال الأول فأئمَّة مشاهير، لكن يُخاف أن لا يكون الأعمشُ سمعه من عطاء، أو أنَّ عطاء لم يسمعه من ابن عمر. . .».
ومن أهل الحديث من نفى سماع عطاء من ابن عمر، قال ابن المديني وأحمد ويحيى بن معين: رَأى ابن عمر ولم يسمع منه. وقال يحي القطان -وقد سأله ابن المديني عن عطاء عن ابن عمر- فقال: «ضعيف». لكنْ قال البخاريّ في «التَّاريخ الكبير»: سمع من ابن عمر!
وقد اختلف الرُّواة عن الأعمش في هذا الحديث:
فروي كما تقدم؛
ومنهم من رواه عنه عن مُجاهد عن ابن عمر (وسئل عن هذه الطريق أبو زرعة، فخطَّأها، وإنَّما هي رواية أبي بكر بن عيَّاش [عِلَل ابن أبي حاتِم ٢/ ١٣٥/ ١٩٠٠])؛
ومنهم مَنْ رواه عن الأعمَش عن نافع عن ابن عمر! رواهُ البيهقي في الشعب (٧/ ٤٣٣/ ١٠٨٧٠): من طريق أبي معاوية عن الأعمش عن نافع عن ابن عمر. وفي سماع الأعمش مِنْ نافع نَظَرٌ، فقد قال أبو داود في «سُؤالات الآجري» (٣٩٠): «لم يَسمَع الأعمشُ من نافع»، وقال ابنُ المديني (تحفة التحصيل): «الأعمش عن نافع شيءٌ لا يقبله القلبُ، ليس هذا بشيء!». وقد تفرَّد بهذه الرِّواية عن الأعمش أبو معاوية، قال الدَّارقُطني في «الأفراد»: «تفرَّد به أبو معاوية عن الأعمش عن نافع». =

باعَها به»(١). وهذه الصّورة هي من صُور بُيوع الآجال التي مَنعَ

= (أطراف الأفراد ١/ ٥٦٩/ ٣٢٩٢)، وأبو مُعاوية رُبَّما دَلَّس.

أمَّا طريق اللَّيث بن أبي سليم:

فروى الرُّوياني في «مسنده» (١٤٢٢)، وأبو نعيم في الحلية (٣/ ٣١٨-٣١٩) (١/ ٣١٢-٣١٣): من طريق ليث عن عطاء عن ابن عمر.

وقال أبو نعيم في «الحلية» (٣/ ٣١٨-٣١٩): «هذا حديث غريب من حديث عطاء عن ابن عمر، رواه الأعمش أيضا عنه».

واختُلِفَ على اللَّيث، فأدخل بعضُهم بين اللَّيث وبين عطاء عبدَ الملك بنَ أبي سُليمان، رواه أبو يعلى (٥٦٥٩): من طَريق **إسماعيل بن عُلَيَّة** عن ليث، والطبرانيُّ في «المعجم الكبير» (١٣٥٨٥)، والبيهقي في «الشعب» (٧/ ٤٣٤/ ١٠٨٧٠): من طريق **عبد الوارث بن سعيد** عن ليث بن أبي سليم عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن ابن عمر. وليث بن أبي سُليم سَيِّءُ الحِفْظ، كثيرُ الخَطَإ؛ فقد يكون الاختلافُ منه.

ثالثا: طريق مجاهد عن ابن عمر:

قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ١٣٥/ ١٩٠٠): سألت أبا زُرعة عن حديث رواه يحيى بن العلاء الرازي عن الأعمش عن مجاهد عن ابن عُمَرَ. .قال أبو زرعة: «روى هذا الحديث أبو بكر بن عياش عن الأعمش عن عطاء عن ابن عمر عن النبي ﷺ». قال أبو زرعة: «وهذا أشبهُ». قلتُ لأبي زرعة: فالخطأ من يحيى بن العلاء. قال: «نعم».

رابعا: طريق شهر بن حوشب عن ابن عمر:

روى أحمد في المسند (٤٧٦٥)، (٥٣٠٤): عن أبي جناب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر، به، مَرفوعًا. وأبو الجناب هو يحيى بن أبي حية، كثيرُ التدْليس، ولأجْل ذلك ضَعَّفه مَنْ ضعَّفه. وشَهْرٌ القولُ فيه مُشتهرٌ.

ورُوِيَ الحديثُ عن جابرٍ رضي الله عنه: رواه ابنُ عديّ في «الكامِل» (٢/ ٢٢) عن بشير بن زياد عن ابن جُريج عن عَطاء عن جابر. أوْرَده ابن عَدِيّ في «الكامل» في ترجمة بشير في مَناكيره، إذ أين كان أصحاب ابن جريج عن رواية هذا الحديث؟! والتفرُّدُ بمثل هذه الرِّوايات عن مثل ابن جريج ونافع وأيوب، مِمَّا يُضعِّف شأن المتفرِّد بها.

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٩.

منها المالكيَّةُ سدًا للذَّريعة.

٦- ورُوِيَ أنَّ أمَّ ولدٍ لزَيدِ بنِ الأرقم ذَكَرتْ لعائشة ﵂ أنها باعَتْ من زَيْدٍ عبدًا بثمانمائة إلى العطاء، ثُمَّ ابتاعه منها بستمائة نَقْدًا؛ فقالت عائشة: «بئسَ ما شريت وبئسَ ما اشتريت! أبلغي زيدًا أنَّه قد أبطل جِهادَه مع رسول الله ﷺ، إنْ لم يتُب!»[(١)].

ومثلُ هذا الكلام من عائشة ﵂ لا يُقال من قِبَل الرَّأي؛ لأنَّ إبطال الأعمال لا يُدرك إلَّا من جهة الوحي، كما أنَّ هذا التَّغليظ العظيم لا تقوله ﵂ إلَّا عن توقيف؛ فثَبَت بهذا أنَّ هذا الأثر الموقوف له حُكم الرفع إلى رسول الله ﷺ[(٢)]. والصّورة التي تَمَّ فيها البيع، هي من صور بيوع الآجال التي مَنَعها المالكيَّة حَسما للذَّريعة.

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه، رقم: (٨/ ١٨٥/ ١٤٨١١٣)، عن الثوري عن أبي إسحاق عن امرأته عن عائشة، ورواه أحمد في المسند (كما في نصب الراية. ولم أقف عليه في المسند، وذكر ابن القيم في الإعلام رواية أحمد بسَنده، دون عزوها للمسند)، من طريق شعبة بن الحجاج عن أبي إسحاق به. ورواه الدارقطني، في السنن، كتاب البيوع، ٣/ ٥٢، من طريق يونس بن أبي إسحاق عن أمه، عن عائشة. قال ابنُ عبدِ الهادي في «التَّنقيح» عن إسناد أحمد: «هذا إسناد جيد». نصب الراية ٤/ ٢٤. وامرأة أبي إسحاق هي العالية، روى عنها زوجها أبو إسحاق، وابنها يونس. وانظر في الكلام على هذا الحديث تقوية وتثبيتا في «إعلام الموقعين» لابن القيم ٣/ ١٣٢.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٩، الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٥، القرافي، الفروق ٣/ ٢٦٧، الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٣٣٧-٣٣٨، عبد الوهاب، الإشراف ١/ ٥٦٠، المازري، شرح التلقين ٤/ ٣٢٠.

٧- ونُهِيَ عن البيع والسَّلف[١]. ووَجْهُ الاستدلال: أنَّ البيع المستوفى شُروطه جائزٌ إجماعا، والسَّلف إنْ لم يَجُرَّ نفعًا للمُسْلِف جائزٌ إجماعا. فإذا رَكَّب بين العَقْدين، بأنْ باعَ بشَرْط السَّلَف، فالشَّرْعُ جاء بتَحْريمه للحديث المتقدم، وما ذلك إلا لأنَّ اقتِران السَّلَف بالبيع فيه اتِّهامٌ لهما بأنها قد يَقْصدان السَّلَفَ بزيادة، تقريرُ ذلك: أنه رُبما يَزيدُ صاحِبُ السِّلعة في ثَمنها نَظيرَ السَّلَف الذي يُعطيه للمسلف له، فيكون في الباطِن قد أسْلَف له في مُقابل زيادة إلى أجَلٍ، وذلك هو عينُ الرِّبا المحرَّم[٢].

٧- وقال ﷺ: «لا يُفرَّق بين مجتمع، ولا يجمع بين

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤. والحديث رواه الترمذي في كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك، (١٢٣٤)، وقال: «حديث حسن صحيح». والنسائي، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عندك (٤٦١١)، باب سلف وبيع...، (٤٦٢٩)، باب شرطان في بيع..، (٤٦٣٠)، (٤٦٣١)، وأبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، (٣٥٠٤)، والدارمي (٢٥٦٠)، وأحمد في «مسنده»، (٦٣٣٩)، (٦٦٢٤)، وابن الجارود في «المنتقى» (٦٠١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٤٦-٤٧): من حديث عَمْرو بن شُعيب عن أبيه عن جدِّه .ورواه الحاكِمُ في «المستدرَك» (٢/ ٢١/ ٢١٨٥)، من هذا الوَجْه، وقال: «حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين، صحيح».
والحديث مرويٌّ في «الموطَّإ» بلاغًا، فعن مالِكٍ أنه بَلَغَه أنَّ النبي ﷺ نَهى عن بيع وسلف. قال ابنُ عبد البر (التمهيد ٢٤/ ٣٨٤): «وهذا الحديثُ محفوظٌ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه عن النبي ﷺ ، وهو حديثٌ صَحيحٌ رواه الثِّقاتُ عن عَمْرو بن شُعيب».

(٢) المازري، شرح التلقين ٤/ ٣١٩، خليل، التوضيح ٥/ ٣٦٧، ابن ناجي، شرح الرسالة، ٢/ ١٦٧.

مفرَّق»[١].

قال ابن العربيّ: «فيه دليلٌ على ما قلناه في الحوطة في الزَّكاة ومنع التَّطرُّق إلى إسقاطها»[٢].

٨- وقال ﷺ حين أُشير عليه بقتل مَنْ ظَهَر نِفاقُه: «أخافَ أنْ يَتحدَّث النَّاسُ أنَّ محمَّدًا يَقتُل أصحابَه»[٣].

فامتنع النَّبيُّ ﷺ عن قتل المنافقين لئلّا يكون قتلُهم ذريعةً لأنْ يشيعَ بين الناس أنَّ محمَّدًا يقتُل أصحابَه، وفي هذا فَسادٌ كبير.

٩- وقال ﷺ لعائشة رضي الله عنها: «لولا حَداثةُ عَهْد قَومك بالكفر، لنقضتُ الكعبة، ولجعلتُها على أساس إبراهيم؛ فإنَّ قريشا حين بَنَت البيتَ استقصرت، ولجعلت لها خلفا»[٤]. فامتنع النَّبيّ ﷺ من بناء الكعبة على قواعد إبراهيم، حِذارَ المفسدة الممكِنة في مآل هذا العمل، وهو أنْ يجد المسلمون -وهم حَديثو عهدٍ بكُفر- في أنفسهم من هذا الصَّنيع؛ فتركه ﷺ.

قال القاضي عياضٌ في شرح الحديث:

---

(١) رواه البخاري في كتاب الزكاة، باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع، رقم: ١٤٥٠.

(٢) ابن العربيّ، القبس ١/ ٤٦٩-٤٧٠، وانظر الشاطبي، الاعتصام ٢/ ٣٣٤.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه، رقم: ١٢٦ (من حديث الأسود عن عائشة)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها، رقم: ١٣٣٣ (من حديث عروة عن عائشة). واللفظ لمسلم.

«وقد اقتدى بهذا الإمامُ مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في هذه المسألة، فذُكِرَ أنَّ الرَّشيدَ ذَكَرَ له أنَّه يُريد هَدْمَ ما بَنَى الحجّاج من الكعبة، ويردّها على بنيان ابنِ الزّبير، لهذا الحديث الذي جاء وامتثله ابنُ الزّبير، وقال له مالك: ناشدتُك الله يا أميرَ المؤمنين، ألَّا تجعلَ هذا البيتَ مَلعبةً للمُلوك، لا يَشاء أحدٌ إلَّا نَقضَ البيتَ وبناه، فتذهب هيبتُه من صُدور النَّاس؛ فرحمَ الله مالكًا!»[١].

فقد اقتدى إمامُ دار الهجرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالنَّبيّ ﷺ حيث أفتى الرَّشيدَ بعدم هدم الكعبة، لكن لمآل آخرَ غير المآل الذي لأجله امتنع النَّبيّ ﷺ من إعادة بناء الكعبة؛ وهو أنَّ كثرة الهدم في أزمنة مُتقاربة ممَّا يُزيل الهيبة من قلوب المسلمين لهذه البَنِيَّة؛ فرضِيَ الله عن مالِكٍ، ما كان أفقهَه!

من أدلَّة المنع أنَّ مُراعاة التهَمة أصل في الشرع:

ومن الأدلَّة على سدّ الذّرائع أنَّ مُراعاة التُّهَمَة في الشَّرع أصلٌ مُتقرِّرٌ في كثير من الأحكام؛ قال ابنُ رشد الجدُّ مُستدلّا لحجيَّة سدّ الذّرائع: «وأيضا، فإنَّ مُراعاة التّهمة أصلٌ يُبْنى الشَّرعُ عليه»[٢].

---

(١) عياض، إكمال المعلم ٤/ ٤٢٨. وانظر: الموافقات ٤/ ١٩٧-١٩٨. وفي «البداية والنهاية» في أحداث سنة (١٦٠هـ) في خلافة المهدي أنه حجَّ في هذه السنة، قال ابنُ كثير: «ويُقال إنه استفتى مالكًا في إعادة الكعبة إلى ما كانت عليه من بناية ابن الزبير، فقال مالك: «دَعْها! فإني أخشى أنْ يتَّخذها الملوك ملعبة». فتركها على ما هي». البداية والنهاية ١٠/ ١٣٢.

(٢) الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٥، ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٣٦٢.

والدليلُ على هذا الأصل ما وَرَدَ في الشَّرْع من أحكام كان أساس المدرك فيها التّهمة؛ فمن ذلك:

قولُ رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادةُ خَصْمٍ ولا ظَنين»[1].

---

(١) ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٣٦٢. أما الحديث فقال الحافظ ابن حجر: «ليس له إسناد صحيحٌ؛ لكنْ له طُرقٌ يقوى بعضها ببعض». التلخيص الحبير ٤/ ٢٠٣.

وأصحُّ ما رُوِيَ في هذا الباب مُرْسَلان: الأوَّل: رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/ ٩٦، ٥/ ٣٤١)، وأبو داود في «المراسيل» (٣٩٦) والبيهقي (١٠/ ٢٠١): من طريق محمَّد بن زيد بن المهاجر عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال: أمر رسول الله ﷺ مُناديا فنادى حتى بلغ الثنية: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، وإنَّ اليمين على المدعى عليه».

والثاني: رواه أبو داود في «المراسيل» (٣٩٧)، و البيهقي (١٠/ ٢٠١): من طريق ابن أبي ذئب عن الحَكَم بن مُسلم عن الأعرج مُرسَلًا: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز شهادة ذي الظنة، والإحنة». والحكم بن مسلم ذَكره ابن حبَّان في الثِّقات.

قال البيهقي (١٠/ ٢٠١): «وأصحُّ ما رُوِيَ في هذا الباب -وإنْ كان مرسلا-: ما أخبرنا...الأعرج...ورُوِيَ من وجه آخر مرسل في الخصم والظنين...عن طلحة بن عبد الله بن عوف..».

وفي الموطَّإ لمالك (كتاب الأقضية، باب الشهادات، رقم: ٢١٠٧): أنه بَلَغه أنَّ عُمَرَ بن الخطَّاب قال: «لا تَجوزُ شَهادة خَصْم ولا ظَنين». وقد جاء في بعض روايات كتاب عمر بن الخطاب لأبي موسى: «... المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا خصما أو ظنينا متهما». (الاستذكار ٦/ ١٠٦).

وروى الترمذي في كتاب الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، رقم: ٢٢٨٩، من حديث عائشة مرفوعًا: «لا تجوز شهادة...ولا ذي غِمْرٍ لأخيه....ولا ظَنينٍ في ولاء ولا قَرابةٍ». لكن الحديث منكَرٌ، كما قال أبو زرعة (علل الرازي رقم ١٤٢٨)، إذْ تفرَّد به يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري! ويزيد يُضعَّفُ في الحديث، فما بالُك بما تفرَّد به عن مثل الزُّهري في كثرة أصحابه!

وروى أبو داود في كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته، رقم: (٣٦٠٠)، (٣٦٠١) =

فمن عُلِمَت بينه وبين غيره خُصومةٌ، لم تُقبَل شهادة أحدِهما على الآخر؛ خشيةَ الحيف. وبناءً على هذا لم يُجِز المالكيَّةُ شهادَةَ الأب لابنه، ولا شهادةَ الابن لأبيه من طَريق التّهمة؛ حتَّى ولَوْ كان برًّا تقيًا[1].

ومما مُنِع للتّهمة حِرْمان القاتل عمدًا من الميراث، قال ﷺ: «القاتل لا يرث»[2]؛ وهذا اتِّهامًا له بأنَّه قَصَدَ إلى استعجال الميراث[3].

= وأحمد في المسند (٦٦٠٥)، (٦٨٠٥): من طريق سُليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنَّ رسول الله ﷺ ردَّ شهادة..وذي الغمر على أخيه... وفي لفظ: «لا تجوز شهادة...». قال أبو داود: الغمر الحنة والشحناء. قال في التلخيص: «سنده قوي» ورواه أحمد في مسنده (٦٦٤٦)، وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب من لا تجوز شهادته، (رقم ٢٣٦٦)، من طريق الحجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب. والحجاج على ضعفه مدلس، ولم يسمع من عمرو سوى أربعة أحاديث كما قال الفضل بن دكين، وباقي حديثه عنه يُدلِّسه عن محمَّد ابن عبيد الله العرزمي، والعرزمي تُرِكَ حديثُه.

روى الحاكم في «المستدرك» (٧٠٤٩)، والبيهقي (١٠/ ٢٠١): عن مُسلم بن خالد قال عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة». ومسلم الزنجي ضعَّفوه. وراجع إرواء الغليل (٨/ ٢٦٦٩، وما بعده).

(١) ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٣٦٢، ابن العربيّ، القبس ٢/ ٧٨٦، الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٥.

(٢) رواه الترمذي في الجامع، كتاب الفراض، باب إبطال ميراث القاتل، رقم: ٢١٠٩، وابن ماجه في السنن، كتاب الفرائض، باب ميراث القاتل، رقم: ٢٧٣٥. صحَّحه الألباني، صحيح ابن ماجه رقم: ٢٢٢٨.

(٣) ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٣٦٢.

ووَرَّث الصَّحابةُ رضي الله عنهم المبتوتةَ في مرض الموت، حتَّى ولَوْ كان المطلِّقُ ممَّن لا تحوم حوله سحائبُ الاتِّهام؛ سدًّا للباب، وحماية للحُقوق أنْ يُفتات عليها[١].

الدَّليل الثَّاني: عَمَلُ السَّلَف بأصل سدِّ الذَّرائع:

ومن أجْلَى هذه الأدلَّة النَّاهضة بحجيَّة سدّ الذّرائع، عَمَلُ السَّلف الصَّالح من الصحابة ﵃ ومن تبعهم من الأئمَّة على وَفق أصل سدّ الذّرائع؛ بحيث دلَّ ذلك منهم على الإجماع على أصله من حيثُ الجملة.

كتركهم الأضحية مع القدرة عليها[٢].

وكإتمام عثمان ﵁ الصَّلاة في حجِّه بالنَّاس، وتسليم الصَّحابة له في عُذره الذي اعتَذَرَ به من سدّ الذّريعة[٣].

ومن ذلك تحريقُ عثمانَ المصاحف؛ لئلَّا يختلفوا في القُرْآن، وانعقَدَ الإجماعُ على فعله[٤].

الدليل الثالث: أصلُ سدّ الذّرائع يَشهَدُ له أصلُ المعقولية في التشريع الإسلامي:

وممَّا يُستدلُّ لأصل منع الذّرائع: أنَّه قد ثبت على سبيل القطع أنَّ الشَّريعة جاءت لتُحصِّل مصالح العباد في العاجل والآجل.

---

(١) ابن رشد، المقدمات الممهدات ٢/ ٤٢. ووقد تقدم تخريج حديث توريث عثمان لامرأة عبد الرحمن بن عوف.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٠٠. وتقدم ذكر بعض الآثار عن بعض الصحابة في ذلك.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٠٠. تقدم تخريجه.

(٤) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٦٣.

وتأسيسًا على معقوليَّة التَّشريع وأصل التَّعليل فيها، فإنَّ القول بأصل سدّ الذّرائع لازمٌ، وإلَّا أدَّى نفيُه إلى خَرْم هذا الأصل القطعيّ؛ وهو ممَّا لا يجوز. تقريرُ ذلك: أنَّ الفعل المأذون فيه بحكم الاقتضاء الأصليِّ للدَّليل، إنَّما كان لأجل تحصيل المصلحة التي لها شُرِعَ الحكم؛ فإنْ كان هذا الفعلُ يُفضي في مآله إلى خلاف ما قصد إليه الشَّرعُ من تحصيل المصلحة، بأنْ كان ذلك الفعلُ يُفضي إلى مفسدة أرجحَ من مصلحة الأصل، فإنَّ البقاء حينها على أصل الإذن ممَّا يُناقِضُ أصلَ المعقوليَّة في التَّشريع؛ فاقتضى هذا أنْ يُمنع هذا الفعلُ اعتبارًا بمفسدة المآل الرَّاجحة على مصلحة الأصل.

اعتراضُ القَرافي على دليل المالكيّة:

وقد كان للقرافيِّ على أدلَّة المالكيَّة التي سَبَقَ بَسْطُها اعتراضٌ وجيهٌ؛ قال القَرافيّ: «ويُحكى عن المذهب المالكيّ اختصاصه بسد الذّرائع؛ وليس كذلك، بل منها ما أجمع عليه، كما تقدَّم. وحينئذٍ يظهر عدمُ فائدة استدلالِ الأصحاب على الشَّافعيَّة في سدّ الذّرائع بـ: . . . » فعدَّدَ بعضَ الأدلَّة السَّابقة.

ثُمَّ قال: «فهذه وُجوهٌ كثيرةٌ يَستدلُّون بها؛ وهي لا تُفيد؛ فإنَّها تدلُّ على اعتبار الشَّرع سدّ الذّرائع في الجملة، وهذا مُجمَعٌ عليه، وإنَّما النِّزاع في ذرائعَ خاصَّة، وهي بيوع الآجال ونحوها، فينبغي أنْ تُذكَر أدلَّةٌ خاصّة لمحلِّ النزاع، وإلَّا فهذه لا تُفيد.

وإنْ قصَدوا القياسَ على هذه الذّرائع المجمع عليها، فينبغي أنْ يكون حجَّتُهم القياس خاصّة، ويَتعيَّن حينئذٍ عليهم إبداءُ الجامع

حتَّى يَتعرَّض الخصمُ لدفعه بالفارق، ويكون دليلُهم شيئًا واحدًا وهو القياسُ، وهم لا يَعتقِدون أنَّ مُدْرَكهم هذه النّصوص؛ وليس كذلك، فتأمَّل ذلك، بل يتعيَّنُ أنْ يذكُروا نصوصا أُخَرَ خاصَّة بذرائع بيوع الآجال خاصَّة، ويقتصرون عليها، نحو ما في الموطَّإ أنَّ أمَّ ولد زيد بن أرقم. . . »[١].

الجوابُ عن اعتِراض القَرافيِّ في احتجاج المالكيّة على منع الذّرائع:

وقد ردَّ الشَّاطبيُّ ومَنْ تَبِعَه كابن عاشور اعتراضَ القَرافيِّ بأنَّ الاحتجاج بأصل سدّ الذّرائع كان على أساس كونه عُمومًا معنويّا؛ ومن طبيعة العُموم المعنويّ أن يُستدَلَّ به على خصوص المسألة دون احتياج إلى قياس على نصٍّ معيَّن؛ فالمجتهد إذا «استقرى معنى عامّا من أدلة خاصة، واطَّرد له ذلك المعنى، لم يَفتقِرْ بعد ذلك إلى دليل خاصّ على خصوص نازلة تَعِنُّ، بل يَحكُم عليها وإنْ كانت خاصَّة بالدُّخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره؛ إذْ صارَ ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامَّة؛ فكيفَ يُحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصَّة بمطلوبه؟!»[٢].

وعلى هذا يَندفِعُ اعتراضُ القَرافيّ على احتجاج المالكيّة بتلك الأدلَّة على حجيَّة أصل سدّ الذّرائع؛ إذْ كانت تلك الأدلَّةُ مسوقةً

---

(١) القرافي، الفروق ٣/ ٢٦٦-٢٦٧، ونقل الزركسي ذلك عنه ٨/ ٩٠-٩١.
(٢) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٠٤.

لتقرير الأصل المعنويّ الذي إذا ثَبَتَ لم يُحتَج بعده إلى خُصوص تلك النُّصوص عند الاستدلال.

قال الشّاطبيّ بعد نقله اعتراضَ القَرافيّ: «هذا ما قال فى إيراد هذا الإشكال؛ وهو غير وارِد على ما تقدَّم بيانُه؛ لأنَّ الذّرائع قد ثبت سدُّها فى خُصوصات كثيرة، بحيث أعطت فى الشَّريعة معنى السَّدِّ مُطلقا عامّا»(١).

لكنْ يَبْقى لي موضعُ إشكال في كلام القَرافيّ لم يُجِبْ عنه الشاطبي وابنُ عاشور؛ بيانُه: أنَّ المالكيّة إنَّما احتجّوا في الاستدلال على مُطلَق أصل الذّرائع -بمفهومه العامّ-؛ وقد عُلِمَ أنَّ بعض الذّرائع ممَّا وَقَع فيها الخلافُ. وعليه، فإنَّ المنهج القويم في الاحتِجاج أنْ يُثبَتَ أوّلاً أنَّ أصل الذّرائع من حيثُ الجملة مُعتبَرٌ، ثُمَّ يُحتجَّ بعد ذلك على الاحتِجاج بالذَّرائع التي وَقَع فيها الخِلافُ؛ خاصَّةً الذّرائع التي تُفضي إلى الممنوع كثيرًا لا قليلا، مما يَدخُل في باب الاتِّهام.

فالعُموم المعنويّ الذي قال به الشّاطبيّ إنَّما يُحتجُّ به في القدر الذي دلَّت عليه النُّصوصُ المستقرأة في تكوين هذ العُموم، فلو ثَبَتَ أنَّ هذا القدر إنَّما يختصُّ برُتَب الذّرائع التي وَقعَ فيها الاتِّفاقُ، لما كان للاحتجاج بهذا العُموم المعنويِّ على الرُّتب التي وَقَع فيها الخلاف مِنْ مَعنى؛ إذْ لا تَطابُقَ بيْن الدَّليل وبَيْن ما احتُجَّ له.

---

(١) الشاطبي، الموافقات ٣/ ٣٠٥، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/ ٢٢٤.

ومنه، فإنَّا نُثبِتُ في هذا المقام أنَّ العُمومَ المعنويّ ثابتٌ كذلك في الرّتبة التي قال فيها المالكيّة بسدِّ الذّرائع، وخالفهم في ذلك من خالفهم:

قد ثَبتت جملةٌ من الأحكام مَنَعها الشَّارعُ لإفضائها إلى الممنوع كثيرا، وليست من قبيل ما مُنِعَ لإفضائه إلى الممنوع غالِبا؛ ومن هذه الأحكام[1]:

١- قد نهى ﷺ عن الخليطين[2]، وعن شرب النبيذ بعد ثلاث[3]، وعن الانتباذ فى بعض الأوعية[4]، وبيّن ﷺ أنه إنما نهى عن بعض ذلك لئلا يُتَّخذ ذريعة، فقد سأله بعضُهم الرُّخصَةَ في ذلك، فقال: ائذَنْ لي يا رسول الله في مثل هذا، فقال ﷺ: «**إذًا تَجعلَها مثلَ هذه**»[5]؛ قال الشَّاطبيّ: «يعني: أنَّ النُّفوس لا تقِفُ

---

(١) الشَّاطبيّ، الموافقات ٢/ ٣٦٣.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأشربة، باب إباحة النبيذ الذي لم يشتد ولم يصر مسكرا، رقم: ٢٠٠٤.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) رواه أحمد في «مسنده»: (٩٩٧٨)، والنسائي في «سننه»، كتاب الأشربة، باب الإذن في الانتباذ، رقم: ٥٦٤٦، وابن حِبَّان في «صحيحه» رقم: ٥٤٠١، والطَّحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٢٦)، من طَريق هشام بن حسَّان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال نهى رسول الله ﷺ وفد عبد القيس حين قدموا عليه عن الدباء، وعن النقير، وعن المزفت، والمزادة المجبوبة، وقال: «انتبذ في سقائك أوكه واشربه حُلْوًا». قال بعضُهم: ائذَنْ لي يا رسول الله في مثل هذا. قال: «إذًا تَجعلَها مثلَ هذه!» وأشارَ بيده يَصف ذلك. (اللفظ للنسائي).

عند الحدِّ المباح فى مثل هذا، ووُقوعُ المفسدة فى هذه الأمور ليست بغالبة فى العادَة وإنْ كثر وُقوعها»[١].

٢- وحرّم ﷺ الخلوة بالمرأة الأجنبية، وأن تُسافِرَ مع غير ذي مَحرم[٢].

٣- ونَهَى ﷺ عن بناء المساجد على القبور[٣]، وعن الصَّلاة إليها[٤].

٤- ونهى ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمَّتها أو خالتها[٥]، وقال: «إنَّكم إن فعلتُم ذلك قطعتُم أرحامكم»[٦].

---

(١) الشَّاطبيّ، الموافقات ٢/ ٣٦٢-٣٦٣.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجة، رقم: ٣٠٠٦، ومسلم في كتاب الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، رقم: ١٣٤١، من حديث ابن عباس رضي الله عنه. الشَّاطبيّ، الموافقات ٢/ ٣٦٣.

(٣) رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن بناء المساجد على القبور، رقم: ٥٤٢.

(٤) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الجنائز، باب النهي عن الجلوس إلى القبر والصلاة عليه، رقم: ٩٧٢ . الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٣.

(٥) رواه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما لا يجمع بينه من النساء، رقم: ١٥٢٠، ومن طريق مالك رواه البخاري في كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، رقم: ٥١٠٩، ومسلم في كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها. . .، رقم ١٤٠٨، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٣. روى هذه الزِّيادَةَ: ابنُ حِبَّان في «صحيحه» (٤١١٦)، والطَّبَراني في «المعجم الكبير» (١١/ ٣٣٧/ ١١٩٣١)، وابنُ عدي في «الكامل» (٤/ ١٥٩)، وابن عبد البر في «التمهيد» (١٨/ ٢٧٧-٢٧٨)، من حديث الفضيل بن ميسرة عن أبي حَريز عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما، به مرفوعا. =

. . . .

= وأبو حَريز اسمه عبد الله بن حسين، وهو قاضي سجستان، مختلف في توثيقه.
على أنَّ هذه الزِّيادة اختلفوا فيها من حديث أبي حريز:
فروى الحديثَ سعيدُ بن أبي عروبة عن أبي حريز، به. دون الزِّيادة [الترمذي (١١٢٥)، وابن عدي في الكامل (٤/ ١٥٩)، وأحمد في المسند (٣٣٥٠)]. وخالفه الفُضيل بن مَيسرة، فرواه عن أبي حريز عن عكرمة عن ابن عباس. وفيه: وقال: إنَّكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم. [الطبراني الكبير (١١٩٣١)، وابن عدي في «الكامل» (٤/ ١٥٩)، وابن حبان (٤١١٦)، وابن عبد البر (١٨/ ٢٧٧-٢٧٨)].
وسعيدُ بن أبي عروبة أرفعُ من فضيل بن ميسرة؛ على أنَّ علي بن المديني قال: سمعتُ يحيى بن سعيد يقول: قلتُ للفُضيل بن ميسرة: أحاديثُ أبي حَريز؟ قال: سمعتُها، فذهب كتابي، فأخذتُه بعد ذلك من إنسان! (تهذيب التهذيب). وعلى هذا، ففي هذه الزِّيادة نَظَرٌ قوي. وفي الكامل (٤/ ١٥٨) عن عبد الله بن أحمد سمعت أبي: «يقول أبو حريز...حديثُه مُنْكَرٌ، روى المعتمر عن فضيل عن أبي حريز أحاديث مناكير». وذكر ابنُ عدي هذا الحديثَ في ترجمته، وقال (٤/ ١٥٨): «وهذه الأحاديثُ عن المعتمر عن فُضيل عن أبي حريز، التي ذكرتها، عامتُها مِمَّا لا يُتابع عليه، وللفضيل بن ميسرة عن أبي حريز غير ما ذكرت أحاديث أيضا يرويها عن الفضيل المعتمِرُ...وعامَّةُ ما يَرويه لا يُتابِعُه أحَدٌ عليه».
ثُمَّ إنَّ رواية سعيد بن أبي عروبة عن أبي حريز قد تكلموا فيها، فقد قال يحيى بن معين: «لم يَسمَع من أبي حَريز شيئًا!».
وقد رَوَى أبو داود (٢٠٦٧) وأحمد (١٧٨٢): عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس، مَرْفوعًا دون الزيادة. وخصيفٌ وإنْ كان ليس قويًّا، فهو ليس بمتروك الحديث، وإنَّما تُكلِّم فيه لسُوء حِفْظه.
ورَواه الطَّبَراني في المعجم الكبير (١١٨٠٥) من طريق مصعب بن ماهان ثنا سفيان عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس. مرفوعا دون الزيادة. وفي سنده مُصعَبُ بن ماهان، وقد حدَّث عن الثوري أحاديثَ لم يُتابَع عليها، كما قال ابن عديّ، وجابِرٌ هو الجُعْفيُّ، وقد تكلَّموا فيه!
ورَوَى عبد الرَّزاق في «المصنف» (٦/ ٢٦٣/ ١٠٧٦٦) الزيادَةَ: عن مَعمَر عن =

٥- وحُرِّم خطبة المعتدَّة تصريحا ونكاحها[١].

٦- وحُرِّم على المرأة فى عدَّة الوفاة الطِّيبُ والزِّينةُ وسائر دواعي النِّكاح[٢]، وكذلك الطِّيب[٣] وعقد النِّكاح للمُحرِم[٤].

= رَجُل عن عكرمة قال: نهى النبي ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها، فإنهنَّ إذا فعلن ذلك قطعن أرحامهن. وهذا السندُ ليس بشيء، فهو مُرسَلٌ، وشيخُ مَعمَر مُبْهَمٌ ليس يُدْرى مَنْ هو، وما كَنى عنه إلَّا لشَيءٍ!

(وقد وَقَع خلافٌ في حديث سعيد بن أبي عروبة: فروى محمدُ بن بكر البرساني عن سعيد، فأدخل بينه وبين أبي حريز: قَتادَةَ [الطَّبراني في الأوسط (٨٢١٢) والكبير (١١٩٣٠)، وابن عدي في الكامل (٤/ ١٥٩)]. وفي هذا نَظَرٌ، إذْ خالَف في ذلك الثقات من أصحاب سَعيد: عبد الأعلى بن عبد الأعلى، [الترمذي (١١٢٥)، وابن عدي في الكامل (٤/ ١٥٩)]، وروح بن عبادة [أحمد في المسند (٣٣٥٠)]، وهما أثبتُ، وفي حِفْظ محمد بن بكر شيءٌ. وقال ابنُ عدي في الكامل (٤/ ١٥٩) بعد روايته لحديث محمد بن بكر: «.. هكذا حدثنا هذا الحديث، فزاد في الإسناد: «قتادة»؛ وليس فيه قتادة، إنَّما هو: ابن أبي عروبة عن أبي حَريز عن عكرمة، كما قال مَنْ تقدَّم»).

ورُوِيَ في الباب حديث مرسلٌ، من طَريق عيسى بن طلحة قال نَهَى رسولُ الله ﷺ أنْ تُنكَح المرأة على قرابتها مخافة القَطيعة. رواه أبو داود في «المراسيل» (٢٠٨)، وابنُ أبي شيبة في «المصنف» (٣/ ٥٢٧).

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤. البخاري: في كتاب الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا، رقم ٥٣٣٤-٥٣٣٧، ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك، رقم: ١٤٨٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤. والحديث رواه البخاري، في كتاب الجزاء الصيد، باب ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة، رقم ١٨٣٨، ومسلم في كتاب الحج، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح...، رقم: ١١٧٧.

(٤) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤. والحديث رواه مالك في الموطإ، في كتاب الحج، =

٧- ونُهِيَ عن البيع والسَّلف[١]، وعن هديَّة المديان[٢].
٨- وعن ميراث القاتل[٣].

= باب نكاح المحرم، رقم ٩٩٧، ومن طريق مالك رواه مسلم في كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وخطبته، رقم: ١٤٠٩.

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤. والحديثُ تقدَّم تَخريجُه.

(٢) رواهُ ابن ماجَه في سننه، كتاب الصَّدقات، باب القرض، رقم٢٤٣٢، من حديث: إسماعيل بن عياش حدثني عُتبة بن حميد الضبي عن يحيى بن أبي إسحاق الهنائي قال سألتُ أنسَ بن مالك: الرجل منا يُقرِضُ أخاه المال، فيهدي له، قال قال: رسول الله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدي له أو حمله على الدابة، فلا يركبها، ولا يقبله، إلَّا أنْ يكون جَرَى بينه وبينه قبل ذلك».
ورَواهُ كذلك من هذا الوجه سعيد بن منصور في «سُننه» (رواه من طريقه البيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٥٠/١٠٧١٦، وابن الجوزي في «التحقيق» ٦/ ٢٣٣/١٧٧٨) ووَقَع بدل «يَحيى بن أبي إسحاق»: يزيد بن أبي يحيى.
والحديثُ لا يَصِحُّ بهذا الإسْناد، ففيه إسماعيلُ بن عيَّاش، وروايتُه عن غير الشَّاميين ضعيفةٌ، وهذه منها، وعتبةُ بن حميد بصري، وقد قال فيه أحمد: ضَعيفٌ ليس بالقوي، وقال أبو حاتم: هو صالح الحديث.
وعِلَّةُ هذا الحديث أنَّ الصَّحيحَ وَقْفه على أنس رضي الله عنه، ومَنْ رَفعه فقد وَهم وأخطأ، فقد رَوَى البيهقي حديثَ إسماعيل بن عياش من طَريق الحسن بن علي المعمري عن هشام بن عمار عن إسماعيل، به، ثُمَّ أعقبه بقول المعمري: «قال هشامٌ في هذا الحديث: «يحيى بن أبي إسحاق الهنائي»، قال البيهقي: «ولا أراه إلَّا وَهم، وهذا حَديثُ يحيى بن يَزيدَ الهنائي عن أنس، ورَواهُ شعبةُ ومُحمَّد بن دينار فوَقَفاهُ». ورواية شُعبة رَواها البخاريُّ في «التاريخ الكبير» (٨/ ٣١٠/ ٣١٣٢)، عن آدَم عن شُعبةَ سمع يحيى بن يزيد قلتُ لأنس، به، موقوفًا. وخَطَّأ البخاري روايةَ الرَّفْع. وتابَعَ شُعبةَ ومحمدَ بنَ دينار في وَقْفه على أَنسٍ ﷺ إسماعيلُ بنُ عُليَّةَ، روى ذلك عنه ابنُ أبي شيبة في «المصنَّف» (٤/ ٣٢٦).

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤. والحديث تقدم تخريجه.

٩- وعن تقدُّم شهر رمضانَ بصوم يوم أو يومين[1].

إلى غير ذلك ممَّا هو ذريعة، والإفضاءُ بها إلى الممنوع كثيرٌ وليس بغالِب ولا أكثريّ؛ كما يقول الشَّاطبيُّ[2].

وبهذا ثَبَتَ العُموم المعنويّ من تفاريق هذه الأحكام وغيرها على أن سدّ الذّرائع أصلٌ شرعيّ كليّ فيما كان وُقوعُ المفسدة من الوسيلة بكثرة، دون أن تكون غالبةً.

ومن أحسَن ما يُستدَلُّ به على خُصوص ذَرائع البيوع، مما تقدَّم من الأدلة:

حديث العِينة «إذا تبايعتم بالعينة. . .»، وحديث عائشة في بيعة زيد بن أرقم، وحديث النهي عن بيع وسلف. ثُمَّ الأحاديثُ المؤصِّلةُ لباب الاتِّهام.

دليل مَنْ أبْطَلَ التعويل على الذرائع:

ومَنزَعُ الشَّافعيِّ رحمه الله وغيره في تَجْويز بُيوع الآجال التي بَناها المالكيُّون على منع الذَّرائع، ناظِرٌ إلى ظاهر الحِلِّ في العُقود، فالحلالُ حَلالٌ، وليس بمحرِّمه ظنٌّ قد يُخطئ وقد يُصيب، والأصلُ في المسلم حُسْنُ الظَّن به، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا﴾ [يونس: ٣٦]، وقال رسولُ الله ﷺ: «إيَّاكم والظَّنَّ، فإنَّ الظَّنَّ أكذبُ الحديث»[3].

(١) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤. والحديث تقدم تخريجه.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٦٤.

(٣) رواه البخاري في الصحيح، في كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه. . ، رقم: ٤٧٤٧.

قالوا: وأحكامُ الله عَزَّ وجَلَّ على الحقائق لا على الظُّنون، فأبطلوا القولَ بالذَّرائع في الأحكام من البُيوع وغيرها، فقالوا: غيرُ جائزٍ أنْ يُقال: «إنَّما أردتَ بهذا البيع كذا»، بخلاف ظاهِره، «وصارَ هذا كأنَّه كذا، ويَدخُلُه كذا»؛ لِمَا يُنكِرُ فاعِلُه أنه أراده[1].

وجوابُ المالكيِّين عن هذا الاعتراض منهم: أنَّ مَنعَنا لبيوع الآجال ليس من جِهة تلك الظُّنون الوارد النهيُ عنها، وإنما ذلك مبنيٌّ على أصل الاحتِياط للدِّين، وتَحفُّظٌ من أنْ يَقَع المسلمون في الحَرام، وذبٌّ عن قَواعِد الدِّين وحَمايةٌ لها. وهذا ليس بمُستَنْكَر وُرودُ الشَّرْع به، كما يَقولُ المازَري[2].

* * *

(١) انظر: الشافعي، الأم ٤/ ١١٤ وما بعدها، ٧/ ٢٩٧-٢٧٨، محمد بن الحسن، الحجة على أهل المدينة ٢/ ٥٨٤-٥٨٥، ٥٩٥، ٦٩٤-٦٩٦. وانظر التمهيد لابن عبد البر ٢٠/ ١٧-١٨.

(٢) المازري، شرح التلقين ٤/ ٣٢٠-٣٢١.

المطلب الثاني

علاقة سدّ الذّرائع بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب

الفرع الأول

علاقة سدِّ الذرائع بالمصالح المرسلة

المصلحةُ التي تحقِّقُها خطّة سدّ الذّرائع أعمّ من المصلحة المرسلة من وَجْه؛ إذْ إنَّ أصل سدّ الذّرائع يَكون لتلافي المفاسِد التي تُقابِلُ المصالح المنصوصة وغير المنصوصة التي ثبتت بالاستقراء (أعني أجناس المصالح). فالخطَّتان تجتمعان في بعض الأحيان وتَختلفان في أحيان أخرى.

فقد تجتمع هاتان الخطَّتان في الدَّلالة على بعض الأحكام؛ ووجهُ الصِّلة إذاك أنَّ المصالح المرسلة تَعْلَقُ بالجانب المصلحيِّ الوُجودي، فالمصلحة التي يُراد من هذا الحكم المثبَتِ تحقيقُها في الوجود إنَّما يكون بخطَّة الاستصلاح المتضمَّن في كَنَفِه المصلحةَ المُطلقَةَ عن الاعتبار الخاصّ. أمَّا سدّ الذّرائع فالنَّظرُ إليه إنَّما يكون من الجانب العدَميّ؛ أعني أنَّ موجبَ هذه الخطَّة هو تلافي المفسدة الواقعة أو المتوقَّعة المقابلة للمصلحة المؤسَّسة على أصل

الاستصلاح.

ويتبايَنُ الأصلان في حالتين:

الأُولى: ينفرِدُ الاستدلال المرسل في حال كانت المصلحةُ التي تثبُت به لا يُقابِلُها مفسدةٌ في حال فواتها؛ وخلوُّ المفسدة يقتضي بالضَّرورة عدمَ وجود مُقتضي إعمالِ أصل سدّ الذّرائع؛ ومعلومٌ أنَّ كثيرا من المصالح قد لا يُقابِلُها في حال فواتها مفسدة، بل قد يكون في ذلك مصلحةٌ أدونَ من المصلحة الفائتة.

الثَّانية: تنفرِدُ خطَّة سدّ الذّرائع في حال كانت المفسدةُ التي أُعمِلت الخطَّةُ لتَلافيها، من المفاسد التي نصَّ الشرع عليها، أو نصَّ على اعتبار المصلحة المقابلة لها؛ والتَّنصيصُ على المصلحة المعيَّنة يُخرِجُ المسألة عن أن تدخُل في مجال الاستدلال المرسل.

ومن الأمثلة على توارد الأصلين على بعض الأحكام:

المثال الأول: نكاح المريض مرض الموت[1]:

ذهب الإمام مالك إلى عدم تجويز نكاح المريض مرضا مخوفا؛ وكان مُدْرَكَ مالك في ذلك حفظُ الحقوق ومنعُ الذّرائع التي قد تُفضي إلى إبطالها؛ فإنَّ المرء يُتَّهم في هذا النِّكاح الذي يُريد الإقدام عليه بأنَّه ما أراد إلا الإضرار بالورثة، وإدخالَ وارِث جديد يُنقص عليهم حصصَهم؛ فمُنعت الذّريعة هنا وهي النِّكاح لإمكان

---

(١) انظر المسألة: الحطاب، مواهب الجليل ٣/ ٤٨١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/ ٢٣٤، المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٤١-١٤٢، عليش، منح الجليل ٣/ ٣٧٧.

إفضائها إلى مفسدة الإضرار بالورثة[١].

كما أنَّ المصلحة التي تحقّق بالمنع من هذا النكاح ممَّا شهِدَ لها بالاعتبار جنسُ المصالح في الشَّريعة؛ إذ منع الإضرار بالغير أصلٌ مصلحيّ كليّ، وعموم معنوي قطعيّ؛ والتعلُّق بمثل هذا الدَّليل هو تعلّق بالاستدلال المرسل الذي قال به مالك رضي الله عنه. قال ابن رُشد الحفيد في تعليل مذهب مالك: «ورَدُّ جواز النكاح بإدخال وارث قياسٌ مصلحيٌّ»[٢].

ومثلُ نكاح المريض مرض الموت، طلاقُه، قال ابنُ العربيّ في هذه المسألة: «هذه المسألة من المصالح التي انفرد بها مالك دون سائر العلماء؛ فإنَّه ردَّ طلاق المريض عليه تُهَمَةً له في أنْ يكون قصدَ الفرار من الميراث»[٣].

المثال الثاني: تضمين الصناع[٤]:

ومن الأمثلة على توارُد الأصلين على بعض الأحكام، مسألةُ تضمين الصّناع التي تقدَّمت في غير موضِع؛ فقد خرَّجها العلماءُ على أنَّها من قَبيل الاستدلال المرسل؛ ومنهم مَنْ خرَّجها على أنَّها من الاستحسان -كما تقدَّم-، ومنهم خرَّجها على أنَّها من قَبيل سدِّ

(١) عبد الوهاب، المعونة على مذهب أهل المدينة ١/٥٢٦، الحطاب، مواهب الجليل ٣/ ٤٨١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/ ٢٣٤.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ٨١-٨٢.

(٣) ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٧٤٩-٧٥٠.

(٤) انظر المسألة: الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٤٣٠، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ١١٧-١١٨، الزرقاني، شرح مختصر خليل٧/ ٥٥، عليش، منح الجليل ٧/ ٥١٣.

الذّرائع، ومنهم مَنْ جَعَل كلَّ هذه الأصول أو بعضَها دالَّةً عليها.

والذي يَعنينا في هذا الموضع، أن نُخرِّج المسألة على أصل الذّرائع؛ إذْ سبق تخريجها على أصل المصالح المرسلة وأصل الاستحسان:

فيُقال: إنَّ في ترك تضمين الصناع ذريعةً إلى إتلاف أموال الناس، فلو لم يُضمَّنوا لتطرَّق الصّناعُ -مع فساد الدِّيانة وضعف الوازع- إلى قلَّة التَّحفُّظ على أموال النَّاس، أو إلى التَّعدِّي عليها، فلمَّا خُشِيَ من هذا المآل الممنوع، مُنِعَت الذّريعة التي قد تُفضي إليه، وهو تَركُ التَّضمين اعتمادًا على أنَّ يَدَهُم يدُ أمانة[1].

قال ابن رشد الحفيد في هذه مسألة: «ومن ضمَّنه فلا دليلَ له إلَّا النَّظرُ إلى المصلحة وسدِّ الذّريعة»[2].

المثال الثالث: قتل الجماعة بالواحد[3]:

ومن المسائل التي ازدَوَجَ فيها المُدرك، مسألةُ قتل الجماعة بالواحد؛ فهي مسألة تُخرَّج على أنَّها ممَّا تجري على الاستدلال المرسل. كما أنَّها تُخرَّج على أنَّها من قَبيل سدّ الذّرائع: فهذه المسألة لا نظيرَ لها في الشَّرع بحيث يُقاس عليه؛ لأنَّ قتل الجماعة قتلٌ لغير من باشَرَ القتل، وهذا خلافُ صورة القِصاص؛ إذْ لا يُقتَلُ

---

(١) الباجي، المنتقى ٦/ ٧١.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٧٥. وانظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد ٢/ ٢٤٣.

(٣) انظر المسألة: الدردير، الشرح الكبير ٤/ ٢٤٥، عليس، منح الجليل ٩/ ٢٥-٢٦.

إلَّا القاتل. إلَّا أنَّ النَّظر إلى جِنْس المصلحة القطعيَّة يُوجِبُ القول بالقصاص على المجتمعين والمتمالئين، فإنَّ حفظ النُّفوس من جنس المصالح القطعيَّة في الشَّرع؛ وهي توجِبُ القولَ بالقصاص؛ إذْ لو لم يقتصّ لانخرم هذا الأصل، ولكان ذريعةً إلى أنْ يَجتمع النَّاسُ على القتل فرارًا من القصاص؛ فيذْهَب كليُّ حفظ النُّفوس هَدَرًا، وهذا خلافُ معقوليَّة التَّشريع ومنهجِه[1].

المثال الرابع: وُجوب الزكاة في عروض التجارة[2]:

ومن المسائل التي تُشاكِلُ المسائل السَّابقة، مسألةُ وُجوب الزَّكاة في العروض المعدَّة للتِّجارة؛ فإنَّ المصلحة العامَّة تَقضي بوُجوب الزَّكاة في هذا الصِّنف من المال؛ إذْ كثيرٌ من التِّجَار يكون مالُهم عروضا للتّجارة، فلو لم تجب الزَّكاةُ فيها لَضاعَ على الفقراء حقُّهم.

كما أنَّ أصل الذّرائع يوجب القولَ بالزَّكاة في هذه العروض؛ لأنَّه لو لم تجب الزكاة لَكانَ في ذلك تطريقًا للتِّجَار إلى أنْ يَتَّخذوا من هذه الذّريعة سبيلاً إلى إسقاط الزكاة؛ قال ابنُ العربيّ في هذه المسألة: «والذي نحقِّقه: أنَّ الزَّكاة قد تقرَّر وُجوبها في العين، وتجد من النَّاس خلقًا كثيرا يكتسبون الأموال ويصرفونها في أنواع المعاملات، وتنمى لهم بأنواع التِّجارات؛ فلو سَقَطت الزَّكاةُ

---

(١) انظر: الفروق ٤/ ١٩٠، ابن العربي، القبس ٤/ ١٥، ٨٤ (دار الكتب العلمية).

(٢) انظر المسألة: الخرشي، شرح مختصر خليل ٢/ ١٩٥، أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ١/ ٤٨٢، الدردير، الشرح الكبير ١/ ٤٧٢.

عنهم، لكان جزءٌ من الأغنياء يخرجون عن هذه العبادة، وتذهَب حقوقُ الفقراء في تلك الجملة؛ وربَّما اتُّخِذَت ذريعةً إلى إسقاط الزَّكاة والاستبداد بالأموال دون الفقراء؛ فاقتضت المصلحةُ العامَّةُ والأمانةُ الكليَّةُ في حفظ الشَّريعة ومُراعاةُ الحقوق، أنْ تُؤخَذَ الزَّكاةُ من هذه الأموال إذا قُصِدَ بها النَّماء»[١].

* * *

(١) ابن العربيّ، القبس ١/ ٤٦٥.

الفرع الثاني

علاقة سدّ الذّرائع بالاستحسان

ممَّا سبق تقريرُه في بحث الاستحسان، أنَّ الاستحسان في حقيقته - غالبا - استدلالٌ مُرسَلٌ مقدَّم على مقتضى دليل عامّ؛ وعليه فإنَّ كثيرا من الفروق التي ذُكرَت في المطلب الماضي تُسحَبُ على العلاقة بين هذين الأصلين.

ومن الأمور التي تلتقي فيها الخطّتان أنَّهما تقومان على أساس الاستثناء؛ فالاستحسانُ هو تركٌ للدَّليل في بعض مُقتضياته لموجِب المصلحة المرسلة التي اقتضت العدولَ عن أصل الدَّليل. أمَّا سدُّ الذّرائع، فإنَّه يقوم كذلك على فكرة الاستثناء؛ ذلك أنَّ الوسيلة في أصلها ممَّا أُذِنَ فيها، لكن استُثني من ذلك حالةُ ما إذا أفضت إلى مفسدة تَرْبُو على مصلحة الأصل، فتُمنَع هذه الوسيلةُ استثناءً من أصل الإذْن[1].

غيرَ أنَّ الاستحسان في الجُمْلَة يكونُ استثناءً من الحُرْمَة والمنع إلى الإباحة والإذن أو من البُطْلان وعدم الصِّحَّة إلى الصحة والنفاذ. أمَّا سدُّ الذّرائع فهو استثناءٌ من الإباحة والإذْن إلى الحُرْمة

(١) والذي اعتنى بمبدإ الاستثناء في التَّشريع ونوَّه به وخرَّج عليه هاتين الخطتين الأستاذ الدريني في المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ٤٨٧ وما بعدها.

والمنع. قال الشَّاطبيُّ في سَوْقه لأدلَّة اعتِبار المآل: «... والأدلَّةُ الدَّالَّةُ على سدِّ الذّرائع كلُّها، فإنَّ غالبَها تَذرُّعٌ بفعلٍ جائزٍ إلى عَمَلٍ غير جائز؛ فالأصلُ على المشروعيَّة لكن مآله غيرُ مَشروعٍ. والأدلَّةُ الدّالَّةُ على التَّوسعة ورفع الحرج كلُّها، فإنَّ غالبَها سَماحٌ في عمل غيرِ مَشْروع في الأصل لِمَا يَؤولُ إليه من الرِّفق المشروع»[1].

أمَّا إذا اعتبرنا أصلَ الذّرائع بطَرَفَيْه من السَّدِّ والفتح، فيكون الاستثناءُ فيه عامًّا؛ أعني: أنَّه قد يكون استثناءً من الحرمة والمنع إلى الإباحة والإذن (وهذا فتح الذّرائع)، ويكون فيه استثناء من الإباحة والإذن إلى الحرمة والمنع (وهذا بأصل سدِّ الذّرائع).

* * *

(١) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٩٨، الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ٤٨٦-٤٨٧.

المبحث الرَّابع

الشَّواهد التَّطبيقيَّة لأصل سدّ الذّرائع في المذهب المالكيّ

وفي هذا المبحث خمسُ مسائل؛ وهي:

المسألة الأولى: الالتزام بمشهور المذهب سدّا للذّريعة.

المسألة الثانية: مسائل الإقرارات في مرض الموت.

المسألة الثالثة: المعادِنُ تُوكل لنظر الإمام مُطلقا حتَّى ولو كانت في ملك لمعيّن.

المسألة الرابعة: مَنْ دَخَلَ بامرأة من غير شهود.

المسألة الأولى

الالتزام بمشهور المذهب سدّا للذّريعة[١]

من الأمثلة التي جَرَى عليها المالكيّة في إعمال أصلِ سدّ الذّرائع، الالتزامُ بمشهور مذهب مالك وعدَم الخُروج عنه في الفتوى والقضاء. وكانت المالكيّةُ في أقطار المغرب والأندلُس لا يُنصِّبون على القضاء إلّا مَن كان يجري في قضائه على مذهب مالك، وكان ذلك من الشُّروط الموضوعة للتّنصيب؛ وقد امتدَّ ذلك إلى عُهودٍ قَريبةٍ في المغرب الأقصى؛ قال الصَّنهاجيُّ: «والوُلاة الآن يَشترِطون في ظَهير ولاية القضاء الحكمَ بالمشهور من مذهب مالِكٍ، أو راجِحه، أو ما به العملُ. فلا يَحكُم بغير ما ذكر، ولو كان له القدرةُ على التَّرجيح والاستنباط والإحاطة بمذهب إمامه أُصولا وفروعا، مثل ابن القاسم وأشهب وأصبغ ثمَّ اللَّخمي وابن رشد. وقد كان أمراءُ قُرطبةَ يَشترِطون على القُضاة الحُكْمَ بقول ابن القاسم فقط»[٢].

وقال الدُّسوقيُّ في الحاشية: «ولذلك سدُّوا الذَّريعة وقالوا بمنع

(١) بعض هذه الأمثلة من الذَّرائع المفضية إلى فَسادٍ.

(٢) الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ٢/ ٢٣٧، الونشريسي، المعيار المعرب ١/ ١٧٤، ٢/ ١٦٩.

الفتوى بغير المشهور»[١].

وكان مُدرَك المالكيّة في ذلك هو سدّ ذريعة الفساد؛ ومكْمَنُ الفساد أنَّ أقوال العلماء في مختلف المذاهب وفي المذهب الواحِدِ كثيرةٌ جدًّا؛ فلو أنَّ المفتين والقُضاة تُرِكوا والنَّظرَ لانتشر الأمرُ، وعمَّت الفوضى في الأحكام والاضطِرابَ فيها؛ فمِنْ قاضٍ مُحلِّل لفَرْج ومِنْ قاضٍ محرِّم له، ومِنْ قاضٍ مُبطِل لعقد ومن قاض مُجيزٍ له؛ فتلافِيًا لهذه الفَوْضى والاختلال في ضَبْط الأحكام، ومَنعًا لأنْ يكون هذا الاختلافُ مَدرَجة لأهل الهوى في أنْ يُفتوا أو يقضوا بحسب الغَرَض والتَّشهي-: مُنِعَ البابُ وحُسِمَ، نَظَرًا لهذه المصلحة القويَّة.

وقد ذَكَر المازَرِيُّ أنَّ باب الخُروج عن المذهب لو انفَتَح حَدَثَ منه خُروقٌ من الدِّيانات[٢]؛ ثمَّ قال المازَري: «وإنِّي رأيتُ من الدِّين الجازم والأمرِ الحاتم: أنْ أنهى عن الخروج عن مذهب مالك وأصحابِه حمايةً للذّريعة، ولو سَاغ هذا لقال رجلٌ: أنا أبيع دينارا بدينارين مُقلِّدًا لما رُوي عن ابن عباس، ويقول آخَرُ: أتزوَّج امرأةً وأستبيحُ فَرْجَها من غيرِ وَليٍّ ولا شُهود مُقلِّدًا في الوليِّ لأبي حنيفة، وفي الشُّهود لمالك، وبدانِقٍ مُقلِّدًا للشَّافعيّ[٣]؛ وهذا عَظيمُ

(١) الدسوقي، الحاشية ٤/ ١٢٩.
(٢) البرزلي، جامع مسائل الأحكام ١/ ٨٦، الونشريسي، المعيار المعرب ٣/ ٣٣٢، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٣١.
(٣) أي يُمْهِرُها دانِقًا.

الموقع في الضَّرر!»[1].

وقال المازَرِيّ في موضع آخرَ: «ولستُ ممَّن يَحمل النَّاس على غير المعروف المشهور من مذهب مالك وأصحابه؛ لأنَّ الورع قلَّ بل كاد يعدم، والتَّحفُّظ على الدِّيانات كذلك، وكثُرت الشَّهوات، وكثر مَنْ يَدَّعي العِلْمَ ويَتجاسرُ على الفتوى فيه؛ فلو فُتِحَ لهم بابٌ في مخالفة المذهب، لاتَّسع الخرقُ على الرَّاقع، وهَتَكُوا حِجابَ هَيبة المذهب؛ وهذا من المفسدات التى لا خَفاء بها!»[2].

وقَبِلَ الشَّاطبيُّ من المازَري ذلك، ودافعَ عنه وقرَّره في «الموافقات»؛ فقد قال بعد نَقْله لكلام المازريّ المتقدِّم: «فانظُر كيف لم يَستَجِزْ -وهو المتَّفق على إمامته- الفتوى بغير مشهور المذهب، ولا بغير ما يُعرَف منه؛ بِناءً على قاعدة مصلحيَّة ضروريَّة، إذْ قلَّ الوَرَعُ والدِّيانةُ من كثيرٍ ممَّن ينتصب لبثِّ العلم والفتوى. . . فلو فُتِحَ لهم هذا الباب لانحلَّت عُرَى المذهب، بل جميع المذاهب؛ لأنَّ ما وَجَب للشيء وجب لمثله»[3].

وقد يَتعجَّل البعضُ فيحسَبُ أنَّ هذا الذي كان عليه المالكيّةُ وغيرُهم من أهل المذاهب من الاحتكام في القَضاء والفُتْيا إلى مذهب واحِدٍ-: مِنْ قَبيل التَّعصُّب المذموم، والتَّقليد المقيت الذي أَخْنَى

(١) البرزلي، جامع مسائل الأحكام ١/ ٨٦، الونشريسي، المعيار المعرب ٣/ ٣٣٢، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٣١.

(٢) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٤٦، الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٢٦، المواق، سنن المهتدين ٧١.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٤/ ١٤٥-١٤٧، الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٢٧.

على الأمَّة، وعَقَلَها عن أن تكون سالِكَة دُروب الاجتهاد الذي يكفُل للأمَّة مُجاراة تطوّراتِ الحياة وتجدُّدِ مصالحها.

وهذا الإيرادُ ليس بالمحلّ الأعلى في القوَّة؛ إذْ لا يستقيمُ القضاء مع ترك القُضاة على مُقتَضى اختياراتهم وترجيحاتِهم؛ لِمَا في ذلك من خُطورة تذرّع القضاة إلى الحيف عن العدل وركوب متن الهوى. كما أنَّ ذلك ممَّا يُسبِّبُ استبهام صِحَّة التَّصرُّفات في العقود الجارية بين الخلق؛ فيكون المتعاقِدون في مُعاملاتهم على غير بيِّنة، فلعلَّ هذا التَّعاقُدَ ممَّا صحَّحه إمامٌ من الأئمَّة، وربَّما قد أبْطَلَه إمامٌ آخَرُ؛ وهذا يكون عائقًا حقيقيًّا في طريق سُهولة التَّعاقد والتَّعامل بين النَّاس.

وهذا الذي نَحَا إليه المالكيّةُ وغيرهم من المذاهب في توحيد المرجعيَّة القضائيَّة، هو أصلٌ جَليلٌ لتقنين الفقه الإسلاميِّ؛ لأنَّ الأساس المقتَضي لهذا التَّقنين هو نفسُ الأساس الذي قامَ عليه توحيدُ المرجعيَّة المذهبيَّة في القضاء. ونَعَم، التَّقنينُ في هذا العصر ممَّا يَنبغي أنْ لا يكون مَحْصورًا بمذهب واحِدٍ، وإنَّما يكون مأخوذًا من قِبَل العُلماء من مُختَلَف المذاهب الإسلاميَّة المعتمدة؛ مُعتَمِدين على أرجَحَ الأقوال وأوفرَها قُوَّة، وأَجْرَاها على منهج الشرع ومَقاصده. كما أنه يجب أن لا يترك هذا الأمر للجَهَلة الذين لا نَصيبَ لهم في النظر والاجتهاد، أو ممن يَجْعل أساسَ الترجيح والاختِيار ما يُعطيه له هواه[١].

---

(١) ومن أنفس النصوص في توحيد المرجعية القضائية، كا ذَكَره العتبيُّ في المستخرجة: قال مالِكٌ: «ولقد كان ربيعةُ يقول: لَوَدِدْتُ أنَّ أمير المؤمنين جَمع =

ومما يذكر في هذا الصَّدد أنَّ علماء المذهب المالكي، مع اشتراطهم في القَضاء أنْ لا يُعدَل فيه عن مُقتضى المشهور والرّاجح-: فإنَّهم تَركوا في كثيرٍ من المسائل الأقوالَ المشهورة والرّاجحةَ إلى غيرها، لموجب مصلحة شرعيَّة اقتضت هذا العدولَ؛ وهذا ما عُرِفَ عند المالكيّة المتأخّرين بـ: «**ما جَرَى به العمل**»؛ وحقيقتُه أنَّ بعض القُضاة قد يَتْركون مشهورَ المذهب لموجبٍ اقتضى ذلك، ثمَّ يَستمِرُّ القضاةُ على هذا الاختيار، فيصير ممَّا جَرَى به عملُ القضاة، ويكون لازِمًا للقضاة العملُ به؛ وجَرَيانُ العمل إمَّا أنْ يكون عامًّا بجميع الأقطار، وهو المسمَّى بالعمل المُطلَق، وإمَّا أنْ يكُون خاصّا ببعض الأقطار، ويُسمّى بالعمل الخاصِّ، كعمل فاس[1].

قال التَّاودي: «... وأمَّا قضاة الزَّمان، فلا يُعتَبَر من أحكامهم إلَّا ما وافق الرّاجح أو المشهور أو ما جَرى به العمل، وغيرُ ذلك يُنقض ويردُّ عليهم؛ قاله ابن عرفة، والعقباني، والبُرْزُلي، والسَّنوسي، وغيرهم»[2].

= العلماءَ فاستشارَهم في أمر الأحكام، حتَّى يَكتُب لهم كتابًا يجعله في الناس، يَحمِلُهم عليه كلَّهم، حتى يكون أمرًا واحِدًا». المستخرجة (مع شَرحها: البيان والتحصيل) ٩/ ٣٣٠.

(١) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٢/ ٤٦٧، الوزاني، حاشيته على شرح التاودي على تحفة ابن عاصم ١/ ٦٨-٦٩، ٤٣١.

(٢) التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/ ٢٣٧، الوزاني، حاشيته على شرح التاودي على تحفة ابن عاصم ١/ ٦٨-٦٩.

وقال أبو عليٍّ المَسناوي: «إذا جَرَى العملُ ممَّن يُقتَدى به بمُخالفة المشهور لمصلحة وسَبَبٍ، فالواقعُ في كلامهم أنَّه يُعمَلُ بما جَرَى به العَمَلُ، وإنْ كان مخالفًا للمشهور. وهذا ظاهِرٌ إذا تحقَّق استمرارُ تلك المصلحة وذلك السَّبَب، وإلَّا فالواجبُ الرُّجوعُ إلى المشهور. ويقول بعضُ الفُقَهاء في شُروط الأخذ بما جَرَى به العمل:

خامسها معرفة الأسباب، فإنَّها مُعينَةٌ في الباب
وعند جَهل بعض هذي الخمس ما العمل اليوم كمثل الأمس»[1].

المسألة الثانية

مسائل الإقرارات في مرض الموت

من مسائل مذهب مالك المُرتكِزة على أصل الذّرائع، مسائلُ الإقرارات في مَرَض الموت؛ فمذهبُ مالك أنَّ التُّهَمَة إذا قَوِيَت في أنَّ المُقِرَّ أراد الإضْرارَ بالورثة والتَّنقّصَ من حصصهم في الميراث، فإنَّ أصل الذّرائع يُعمل لتلافي هذا الضَّرر المتوقَّع في حال إنفاذ هذا الإقرار[2].

ومن الإقرارات التي أبطلها المالكيّةُ لقوَّة التّهمة فيها سدًّا

(١) محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٥-٦٦.
(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٦/ ٧٤-٧٥، عليش، منح الجليل ٩/ ٥٧٢.

لذريعة الفساد، المقرُّ بزكاة وَجَبت عليه لم يُؤَدِّها؛ فالإقرارُ هذا لا عبرةَ به، فلا ينفذ لأنَّ في ذلك ذريعةً لأنْ يَترُك الناسُ الزَّكاة إلى حين دُنوِّ الأجل فيقرّوا بها، فيفوت حقُّ المساكين، ويُحرم بذلك أهلُ الميراث ميراثهم؛ فقُطِعَت الذّريعة ومُنعت لهذا المآل الممنوع[١].

قال ابنُ أبي زيد في كتاب «الذَّبِّ» في هذه المسألة: «..لو كان كلُّ مَنْ أقرَّ في مَرَضه بأنَّ عليه زَكاةَ ماله في سائر عمره مقبولَ القول، كان ذلك ذريعةً إلى فساد عظيم، منها: أنَّ ذلك يبعَثُ كثيرًا من النَّاس على تَرك أداء الزكاة؛ لأنَّهم على ثِقَة من إنفاذها عنهم بعد الممات من رأس المال، فيؤخِّروا لذلك إخراجَها، ويكون داعيةً إلى إبطالِ الميراث لمن شاء إبطالَه بمثل هذه الإقرارات، ويصير الميِّتُ قد استأثَرَ بماله عن أهل الميراث، فاستمتع به في حياته وأخرجَه عليهم بعد مماته...»[٢].

ومن الإقرارات التي أبطَلها المالكيّة لقُوَّة التّهمة في قَصْد الإضرار فحُسم البابُ رأسًا، الإقرارُ للوارث أو للصَّديق الملاطِف[٣]؛ فإنَّ التُّهمة تتوجَّه إلى المقرِّ بأنَّه لمَّا علِم أنَّ الهبة للوارِث أو الوصيَّة له لا تجوز عَدَل عن ذلك إلى الإقْرار له بدَيْن

---

(١) عبد الوهاب، الإشراف ٤١٨، ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١٣٣/ ب.

(٢) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١٣٣/ ب.

(٣) عليش، منح الجليل ٩/ ٥٧٢، العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٨/ ١٨٩.

له عليه[١].

«ومَطلعُ النّظر أنّا لمحنا أنّ الموروث لمّا علم أنّ هبتَه لوارثه في هذه الحالة أو وصيّته له لا تجوز، وقد فاته نفعُه في حال الصّحّة، عَمَد إلى الهبة فألقاها بصورة الإقرار لتجوّزها؛ ويعضد هذه التّهمة صورةُ القَرابة، وعادةُ النّاس بقلّة الدّيانة. . . وينبغي أنْ تطرد العلّة حيث وُجدت ما لم يقف دونها دليلُ تخصيصٍ، فعلى هذا إذا وَجَدنا التّهمة في غير القَريب من صديق مُلاطِفٍ حَكمنا ببطلان الإقرار؛ وكَمْ من صديقٍ ألصقُ من قريب وأحكمُ عُقْدَةً في المودّة!»[٢].

المسألة الثالثة

المعادِنُ تُوكل لنظر الإمام مُطلقا حتَّى ولو كانت في مِلْك لمعيّن[٣]

حُكمُ المعادن الموجودةِ في الأرض أنَّها تُوكَل للإمام يتصرَّف فيها كيف شاء بما تقتضيه المصلحة العامَّة. ومُقتضى هذا النَّظر أنَّ ترك المعادن لنظر النَّاس ممَّا يورِثُ فسادًا كبيرا بكثرة النِّزاعات التي قد تُفْضِي إلى القتال؛ فحِمايةً لجانب انخرامِ الأمن سُدَّت

---

(١) سحنون، المدونة ٤/ ٦٧، ٧٧، ابن العربيّ، أحكام القرآن ١/ ٤٥٤، ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٢٢/ ب-٢٤/ أ.

(٢) ابن العربيّ، أحكام القرآن ١/ ٤٥٤.

(٣) هذا مثال لذريعة الفساد.

ذريعةُ الفساد، وأُوكلت المعادن للإمام أو نائبه ليَنْظُر فيها بما تتأتّى به مصلحة الأمَّة.

قال عِليش: «وحكمُ التَّصرُّف في المعدن للإمام الأعظم أو نائبه يقطعه لمن يشاء، أو يجعله لمصالح المسلمين إنْ كان بأرض غير مملوكة كالفيافي، وما تركها أهلها، أو مملوكة لغير معيّن كأرض العَنْوَة؛ بل ولَوْ ظَهَرَ بأرض معيّن مسلم أو كافر ذميّ؛ **سدًّا لباب الهرج؛ لأنَّ المعادن قد يجدها شِرارُ النَّاس، فإن تُرِكت لهم تحاسَدوا وتقاتلوا عليها وسَفَكَ بعضُهم دِماء بعض**»(١).

وعلى هذا؛ فإنَّ المعادن تُعدّ ثروة للأمَّة تُصرَفُ في مصالحها وحاجاتها، وليست خاصَّةً بفرد من الأفراد أو لطائفة من الأمَّة دون أخرى؛ حتى ولو كانت في ملكه؛ اتِّقاء للفساد المتوقّع من تركها إلى الأفراد.

المسألة الرابعة

مَنْ دَخَلَ بامرأة من غير شهود

إذا دَخَل الرَّجلُ بالمرأة بلا إشْهادٍ، فإنَّ النِّكاح **يُفسَخ بينهما بطلقة بائنة**، ولا حَدَّ عليهما إنْ كان النِّكاح والدّخول ظاهرا فاشيا بين النَّاس، أو شهد بابتنائهما باسم النِّكاح شاهدٌ واحد؛ ولو عَلِما أنه لا يجوز لهما الدخول بلا إشهاد. فإنْ لم يَكُن ذلك ظاهرًا

(١) عليش، منح الجليل ٢/٧٨-٧٩ باختصار.

فاشِيا بين النَّاس، فإنَّهما يُحدّان إنْ أقرّا بالوطء أو ثَبَتَ ببيِّنة[١].

ويُفسخ النكاحُ جَبرًا عليهما سدّا لذريعة الفساد؛ لأنَّ في ذلك تطريقا لأهل الفساد إلى فسادهم؛ إذْ لا يشاء اثنان يجتمعان على فساد في خلوة إلا يفعلانه، ثمَّ يدَّعيان سَبقَ العقد بغير إشهاد؛ فيُؤدِّي ذلك إلى ارتفاع حدِّ الزِّنا والتَّعزير[٢].

قال الباجيُّ في التَّفريق بين ترك الإشهاد على عقد النِّكاح وترك الإشهاد على الدُّخول-: «ووَجْهُ ذلك أنَّ تعرّي عقد النِّكاح من الشَّهادة لا ذَريعةَ فيه إلى الفساد، وتعرِّي الوطء والبناء من الشَّهادة فيه الذّريعة إلى الفساد؛ فمنع منه لذلك، ولو جاز لكلِّ مَن وُجِدَ مع امرأة في خَلوة أو أقرَّ بجماعها أنْ يدَّعي النِّكاح-: لارتفع حدُّ الزِّنا عن كلِّ زانٍ والتَّعزيرُ في الخلوة؛ فمُنِعَ من ذلك ليرتفع هذا المعنى. فمتى وَقَعَ البناءُ على الوجه الممنوع فُسِخَ ما ادّعي من النِّكاح»[٣].

❁❁❁

---

(١) الخرشي، شرح خليل ٣/ ١٦٨، عليش، منح الجليل٣/ ٢٥٨، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ٤، الدردير، الشرح الكبير ٢/ ٢١٦-٢١٧.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الباجي، المنتقى ٣/ ٣١٣.



الفَصْلُ الرَّابِعُ

مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ

وفي هذا الفصل ثلاثة مباحثَ؛ وهي:

- **المبحث الأوَّل**: أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ: مفهوما، وحجية، وحكما، ومقتضيات الأخذ به.
- **المبحث الثَّاني**: أصلُ مراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ: أدلةُ الحجيَّة، والإشكالات الواردة عليه، ومجالُ إعماله، وعلاقته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب.
- **المبحث الثَّالث**: الشَّواهد التطبيقية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ.



المبحث الأوَّل

أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ: مفهوما، وحجية، وحكما، ومقتضيات الأخذ به

وهذا المبحث فيه أربعة مطالب؛ وهي:

المطلب الأوَّل: تعريف مُراعاة الخلاف لغة، واصطلاحا، والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الثَّاني: حجيَّة أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي.

المطلب الثَّالث: العمل بمراعاة الخلاف في المذهب المالكي: حكمه، وشروطه.

المطلب الرَّابع: المقتضيات المصلحيَّة الموجِبَة لمراعاة الخلاف.

المطلب الأوَّل

تعريف مراعاة الخلاف: لغة، واصطلاحا، والألفاظ ذات الصلة:

الفرع الأول

تعريف «المراعاة» و«الخلاف» لغة

تعريفُ المركَّب الإضافيّ يكون بالوُقوف على تعريف طَرَفَيْ هذا التَّركيب؛ ومنه فإنَّ البحث سيتناول تعريفَ كل من «المراعاة» و«الخلاف»:

● **أوَّلا: تعريف المراعاة لغة:**

المُراعاةُ مصدر راعَى يُراعي مُراعاة؛ والرَّعيُ مصدرُ رَعَى يَرْعَى رَعْيًا ورِعايَةً(١).

وتأتي المُراعاة والرَّعي على معان في اللُّغة العربيَّة، والذي يعنينا من تلك المعاني معنى المراقبة والاعتبار والملاحظة؛ يُقال راعَيْتُه: أي لاحَظْتُه مُحْسِنًا إليه، وراعيتُ الأَمْرَ: نَظَرْتُ إلامَ يَصيرُ(٢).

ورَعى النُّجُوم رَعْيًا وراعاها: راقَبها وانْتَظَر مَغِيبَها؛ قالت

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ١٤/ ٣٢٧.

(٢) الفيروزابادي، القاموس المحيط ٤/ ٣٣٥، ابن منظور، لسان العرب ١٤/ ٣٢٧.

الخنساء:

أرْعى النُّجومَ وما كُلِّفْت رِعْيَتَها، وتارةً أَتَغَشَّى فَضْلَ أَطْمارِي[١]

وراعَى أَمرهَ: حَفِظَه وتَرَقَّبَه[٢].

جاء في «اللسان»: «والمُراعاة: المُناظَرة والمُراقَبَة؛ يُقال: راعَيْتُ فلانًا مراعاةً ورِعاءً، إذا راقَبْته وتأَمَّلْت فِعْلَه. وراعَيْتُ الأَمرَ: نَظَرْت إلامَ يصير. وراعَيْته: لاحَظته»[٣].

ثانيا: تعريف الخلاف لغة:

والخِلافُ مصدرٌ مأخوذٌ من خالَفَ يُخالِفُ خِلافًا ومُخالفةً، والاختلافُ مصدَرُ اختَلَف يختلِفُ اختِلافًا؛ وتقع الكلمتان في اللُّغة بمعنى نقيض الاتّفاق[٤].

وعليه، فإنَّ المراد من «مُراعاة الخلاف»: اعتبارُ ومُلاحظةُ ما وَقَعَ من اختلاف بين العلماء. وسيأتي إنْ شاء الله أنَّ المراعَى في الحقيقة ليس هو ذاتَ القول، وإنَّما هو المُدرَك الذي استَنَد إليه المخالفُ في خلافه.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ١٤/ ٣٢٧، الفيروزابادي، القاموس المحيط ٤/ ٣٣٥.

(٢) ابن منظور، لسان العرب ١٤/ ٣٢٧.

(٣) ابن منظور، لسان العرب ١٤/ ٣٢٧. وأصل الكلام من التهذيب.

(٤) ابن منظور، لسان العرب ٩/ ٩٠، ٩١، ٩٤.

الفرع الثَّاني

تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحا

كان للمالكيَّة المتأخِّرين عنايةٌ بمُراعاة الخلاف، بَيانًا لمفهومه وشروطه ومُدْرَكه الشَّرعيّ؛ وسَبَبُ هذا التَّهمُّم والعناية أنَّ الشَّاطبيَّ استشكل هذا الأصلَ -بَداءةً[1]- وأورَدَ عليه إيراداتٍ قويَّةً في مفهومه وشروطه ومُدركه، ثُمَّ إنَّه راسَلَ بعضَ أئمَّة المغرب من علماء المذهب يَلتمسُ منهم البيانَ والفَسْرَ عمَّا انسدَلَ على هذا الأصل من سُجُف الإبهام، وحُجُب الإشكال؛ فخاطَب الشَّاطبيُّ بذلك: ابنَ عرفة التّونسي، وأبا العبّاس القبّاب الفاسيَّ، وأبا عبدِ الله الفشتالي؛ فأجابوه، وكان في تضاعيف أجوبتهم بَيانٌ لمفهوم مُراعاة الخلاف.

وأسوقُ في هذا الموضع تعريفاتِ المالكيَّة لهذا الأصل مشفوعةً بالبيان والتحليل:

التَّعريف الأوَّل:

قال ابنُ عبد السَّلام: «**هو إعطاءُ كلٍّ من الدَّليلين ما يَقتَضيه من**

---

(١) أعني أنَّ استشكاله هو الذي أثار الكلام عن مراعاة الخلاف لدى بعض المتأخرين. مع تقدُّم استشكاله من قِبَل بعض المالكية قبْل الشاطبيّ، كما سيأتي.

الحكم مع وُجود المعارِض»[١].

وتعريفُ ابنِ عبد السَّلام ذَكَره في سياق بيانه لمفهوم مُراعاة الخلاف عند المالكيَّة؛ وعليه فإنَّ إيراد النَّصِّ من كلام ابنِ عبد السَّلام في سياقه ممَّا يُجلِّي بعضَ ما خَفِيَ من تعريفه:

قال ابنُ عبد السَّلام: «والذي ينبغي أن يُعتَقَد من ذلك -وهو الذي تدُلُّ عليه مسائلُ المذهب- أنَّ الإمام -رحمه الله تعالى- إنَّما يُراعي من الخلاف ما قَوِيَ دليلُه. فإذا حُقِّقَ فليس بمراعاة الخلاف البتَّة؛ وإنَّما **هو إعطاء كلٍّ من الدَّليلين ما يَقتَضيه من الحكم مع وُجود المعارِض**؛ فقد أجاز الصَّلاةَ على جلود السِّباع، وأكل الصَّيد وإنْ أَكَلَ الكلبُ منه، وأباح بَيْعَ ما فيه حقُّ توفية من غير الطَّعام قبل قبضه مع مُخالفة الجمهور فيها-: فدلَّ على أنَّ **المراعى عنده إنَّما هو قوَّةُ الدَّليل**»[٢].

وتعريفُ ابنِ عبد السَّلام من التَّعريفات التي اعتُمدت ممَّن بعده؛ بل إنَّ تعريف ابن عرفة الآتي هو تطويرٌ له وإعادةُ صِياغة لألفاظه مع تجلية لبعض ما استبهم منه. أمَّا تعريفُ القبَّاب فهو تعريفُ ابنِ عبد السَّلام ذاته، مع حذفه لقول ابن عبد السّلام: «مع وُجود المعارض».

والذي يُؤخذ من تعريف ابن عبد السَّلام ما يلي:

أوَّلا: مُراعاةُ الخِلاف هو أخذٌ بمقتضى الأدلَّة؛ فليس من

---

(١) المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٥، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ٣٧، خليل، التوضيح ١/ ١٤.

(٢) المراجع السابقة.

حقيقته البتَّة مُراعاةُ الأقوال المجرَّدة. وعليه، فإنَّ ظاهر قول المالكيَّة: «**مراعاة الخلاف**» غيرُ مرادٍ لهم؛ لأنَّ المراعَى في هذا الأصل ليس الخِلافَ ذاته، وإنَّما هو دليلُ المخالف القويِّ. واستدلَّ على ذلك بأنَّ كثيرًا من مسائل المذهب قد خالفَنا فيها الجمهورُ[1]، ومع ذلك لم يُراعِ فيها مالكٌ مذهبَهم؛ فهذا منه دليلٌ على أنَّ المراعى هو الدَّليلُ حيثُ قوِيَ، وحينَها لا اعتبار بكون المخالف جمهورا أو لا.

ثانيا: هذا التَّعريف يَصْدُقُ على مفهوم الجَمع بين الدَّليلين المتعارِضَيْن، بحيث ليس فيما ذَكَره ابنُ عبد السَّلام ما يُفرِّق به بين أصل مُراعاة الخلاف، وبين الجمع بين الأدلَّة المتعارضة[2].

ثالثا: في سياق كلامه بيَّن أنَّ من شرط الخلاف المراعى أنْ يكون قويَّ الدليل، فليس كلُّ دليل قيل به يُعتبر.

رابعا: لم يُبيِّن التَّعريفُ المحلَّ الذي يكون فيه إعمالُ مُراعاة الخلاف؛ هل هو قبل الوُقوع أم بعده؟

ويُلحظ على كلام ابن عبد السلام المتقدم أنه اتَّكأ فيه على كلامٍ لابن خويز منداد في كتاب الجامع لأصول الفقه[3]. وظاهِرُ

---

(١) مع ملاحظة ما سيقال في التمثيل الذي مثل به ابن عبد السلام، تابعا فيه ابن خويز منداد.

(٢) شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيَّة ٧٠.

(٣) قال ابن خويز منداد: «مسائلُ المذهب تَدُلُّ على أنَّ المشهور ما قَوِيَ دليلُه، وأنَّ مالكا رحمه الله كان يُراعي من الخلاف ما قَوِيَ دَليلُه لا ما كثُر قائله: فقد أجاز الصَّلاةَ على جُلود السِّباع إذا ذُكِّيت، وأكثرهم على خلافه. وأباح بيع ما فيه حقٌّ =

كلام ابن خُويز منداد يُؤخَذ منه أنَّ الذي عَنَاه من مُراعاة الخلاف: هو الخروجُ منه. والذي دلَّنا على هذا، أنه لما مثَّل في اعتبار مالك الخلاف الذي قَوِيَ دليله، مثل بأمثلة تَجْري على الخُروج من الخلاف، وهي مسائل قال فيها بالإباحة، وكان غيره قائلا فيها بالمنع، فلو قال بمُراعاة الخلاف لكان قائلا بالكراهة، ولم يقل ذلك.

إلا أنْ يُقال إنَّ مُراد ابن خويز منداد من مُراعاة الخلاف الاصطلاح العامُّ الشامِلُ للمَسلَكَيْن - أعني الخروجَ من الخلاف ومُراعاة الخلاف قبل الوُقوع-، لكنَّ تمثيله كان قاصِرًا على الخروج من الخلاف. وهذا قريبٌ كذلك. ومِنْ أسَفٍ فابنُ فرحون ذَكَر أنَّ ابن خويز منداد ذَكَر مَسائلَ كثيرة في المذهب، لم يَذْكُرها، وربما كان فيما لم يَذْكُر ما يَجْري على مُراعاة الخلاف بمعناه الخاصِّ.

ومثلُ هذا يُقال في تمثيل ابن عبد السلام. ثُمَّ إنَّه أوْرَدَ كلامَه عند قول ابن الحاجب: «والمستعمل في الحدث طهور، وكره للخلاف». وهذه المسألة تجري على الخروج من الخلاف.

والظَّاهِرُ الذي أميلُ إليه: أنَّ ابن عبد السلام وابن خويز منداد قَصَدَا من رَعْي الخلاف مفهومَه العامَّ الشَّامِلَ لمراعاة الخلاف قبل

= توفية من غير الطعام قبل قبضه. وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلبُ، ولم يُراع في ذلك خلاف الجمهور». قال ابن فرحون: وذكر أدلة من الحديث ومن مسائل المذهب يَطول ذكرها. ابن فرحون، كشف النقاب ٦٢-٦٣.

الوقوع وبعده.

التَّعريف الثَّاني:

عرَّف ابنُ عرفة مُراعاة الخلاف بقوله: «**إعمالُ دليل (المخالف) في لازِمِ مَدْلولِه الذي أُعمِلَ في نقيضِه دليلٌ آخَرُ**»[1].

ثم قال في تضاعيف جَوابه عن إشكالات الشاطبي مُبيِّنًا أنَّ رَعْي الخلاف ليس تركًا لدليله وعَمَلا بدليل غيره: «...بيَّنا أنه إعمالٌ لدليلِه من وَجْهٍ هو فيه أرْجَحُ، وإعْمالُ دليل غيره فيما هو عنده أرجَحُ... والعملُ بالدليلين فيما كلُّ واحِدٍ منهما هو فيه أرجحُ، ليس هو إعمالا لأحدهما وتركًا للآخر، بل هو إعمالٌ للدليلين معا»[2].

شرح تعريف:

فقوله: «**إعمالُ دليل**»: جنس لرَعْي الخلاف يصدق على رعي الخلاف وغيره[3].

وقوله: «**دليل**»: فصلٌ أخرَج به غيرَ الدَّليل[4] و**الدَّليل** هو: ما

---

(١) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٣، التسولي، البهجة في شرح التحفة ١/ ١٩، الوزاني، حاشيته على شرح التاودي على تحفة ابن عاصم ١/ ٣٦. وانظر تعريفه له في جوابه للشَّاطبي عند: الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٧٨، واللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٧ . وزدتُ في التعريف «المخالف»، وهي وارِدَةٌ في شرح ابن عرفة لتعريفه، في جوابه للشاطبي. على أن ابن عرفة عبَّر بـ«الخصم».

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٧٩.

(٣) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٣.

(٤) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٤.

يُمكن التَّوصُّل به إلى مطلوب خَبَريّ، والمطلوب هو المدلول[١].

قوله: «في لازم مَدْلوله»: أخرج به إعمالَ الدَّليل في مدلوله[٢].

والضَّمير في «مدلوله» يعودُ على الدَّليل[٣].

ويتَّضِحُ هذا التَّعريف بضرب مثال:

فمسألة نِكاح الشِّغار ممَّا أَجْرى فيها مالكٌ أصلَ مُراعاة الخلاف في إثبات التَّوارُث بين الزَّوجين؛ بيانُه[٤]:

أنَّ أصل دليل مالِكٍ في النَّهي عن نِكاح الشِّغار[٥] دلَّ على فَسْخ هذا النِّكاح؛ فالفسخُ هو المدْلولُ، ولازِمُ هذا المدلول أنْ لا توارُثَ بينهما لانعدام مُوجِبه من النِّكاح الصَّحيح.

والمخالف القائلُ بصحَّة هذا العقد مع بُطلان الشَّرط، يقول بأنَّ العَقْد لا يُفسَخُ؛ وهذا مدلولُ ما استدلَّ به من أدلَّة، ولازمُ هذا المدلول -وهو عدمُ الفسخ- أنْ يَثْبُت التَّوارُث بينَهما.

وعليه، فإنَّ مالكا أخَذَ أوَّلاً بمدلول دليله، وهو: فسخُ النِّكاح،

---

(١) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٤.

(٢) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٤.

(٣) التسولي، البهجة في شرح التحفة ١/ ١٩.

(٤) التَّسولي، البهجة في شرح التحفة ١/ ١٩-٢٠، الرَّصّاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٤-٢٦٥، المِعيارُ المُعْرِب ٦/ ٣٧٨، عليش، فتح العليّ ٢/ ٦٠، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٧-٣٥٨، الوزاني، حاشيته على شرح التاودي على تحفة ابن عاصم ١/ ٣٦-٣٧.

(٥) رواه مالك في الموطإ، في كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من النكاح، رقم ١٥٢٩. ومن طريق مالك رواه البخاري، في كتاب النكاح، باب الشغار، رقم ٥١١٢، ومسلم في كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، رقم ١٤١٥.

لكنَّه تَرَك لازِمَ مدلوله، وهو عدمُ إثبات التَّوارث بينهما؛ وذلك بأنْ أعمَلَ دليلَ المخالف في لازِم مدلوله فقال بأنَّ التَّوارُث يثبُت بينهما؛ وهذا هو مُراعاة الخِلاف.

ثمَّ إنَّ ابنَ عرفة أورَد على تعريفه هذا اعتراضا مُفترضا له:

والاعتراض هو: لو صحَّ ما قرَّرتُم في مراعاة الخلاف بأنَّه مُلاحَظَةُ لازِم دليل المدلول قد استُعمل في نقيضه دليلٌ آخر، لأفضى ذلك إلى ثُبوت ملزومٍ ولا لازِمَ له؛ وهو باطل، إذْ كيف يوجَد ملزومٌ ولا لازم له؟!ٍ[1].

وبيانُ الملازمة: أنَّ فسخ النِّكاح ملزومٌ لنَفي الميراث، وإذا ثَبَتَ الفسخُ انتفى الميراث؛ لأنَّ الميراث يدلُّ على ثبوت العِصمة، وفسخُه يدلّ على نفيها، فقد وُجِدَ الملزوم وهو الفسخُ دون لازِمِه وهو عدمُ الإرث[2].

وأجاب ابنُ عرفة عن هذا الاعتراض بجوابين:

أمَّا الجوابُ الأوَّل: إذا سلَّمنا أنَّ الملزوم لا يُوجَد دون لازِمه، فلا نُسلِّم أنَّ المسألة من باب إثبات الملْزوم ولا لازِمَ له؛ وإنَّما هي: من باب نَفْي الملزوم مع إثْبات لازِمه، أو من باب وُجودِ اللَّازم ونفي مَلزومه، وكلٌّ منهما مُغايرٌ لما ألزمه السَّائل؛ ولا إحالة فيه؛ **بيانُه**: أنْ نقول إنَّما ذلك من باب نَفْي الملزوم على

---

(١) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٥، الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/ ٣٧٨، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٨.

(٢) المراجع السابقة.

قول مالِكٍ ودليله؛ لأنَّه يقول بنفي صحَّة النِّكاح، وصحَّةُ النِّكاح ملزومةٌ للإرث، فلا يلزم من نَفْي ملزوم الإرث الذي هو صحَّةُ النِّكاح نَفْيُ اللَّازم الذي هو الإرث، فما قال باعتبار مذهبه إلَّا بنفي الملزوم لا بثُبوت الملزوم مع نفي اللَّازم؛ وباعتبار رَعي دليل المخالف في لازِم مدلوله وهو الإرث قد أثبتَ اللَّازم، ولا يَلْزم منه ثبوتُ الملزوم(١).

أمَّا الجواب الثَّاني: فإنَّ إثبات الملزوم مع نَفْي لازمه إنَّما هو باطِلٌ مُطلَقا في اللَّوازم العقليَّة، وأمّا الظَّنيةُ الجعلية فلا. فقد يكون هناك مانِعٌ يَمنَع من ثُبوت اللَّازم مع وُجود مَلزومه، فلا يثبُت، كمُوجِباتِ الإرث هي مَلْزومة له، وقد يَنتَفي الإرثُ لمانِعٍ مع وُجود مَلْزومه شرعًا(٢).

والذي يُستَنتج من هذا التَّعريف ما يأتي:

أولا: مُراعاةُ الخلاف التي عَرَّفها ابنُ عَرَفَةَ تختصُّ بما بعد الوقوع.

ثانيا: القولُ بمراعاة الخلاف ليس مُراعاةً للأقوال، وإنَّما هو مُراعاةٌ لأدلَّة الأقوال؛ إذ المجتهدُ في مراعاته للخلاف يُعمِل دليلَ المخالف لا قولَه المحضَ.

ثالثا: إعمالُ الدَّليل هو من مُهمَّة المجتهد؛ فتكون مُراعاةُ

---

(١) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٥، الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/ ٣٧٨، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٨-٣٥٩.

(٢) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/ ٣٧٨، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٥.

الخِلاف من وَظائف المجتهِدين لا غيرِهم؛ ومنه فإنَّ اعتِراض البعض على تعريف ابنِ عَرفةَ في عَدَم بَيانه لمن يَتصدَّى لإعمال مُراعاة الخلاف هل هو المجتهدُ أو المقلِّد-: اعتراضٌ غير وَجيه[1].

رابعا: لم يَرِد في تعريفه بَيانٌ لطبيعة الدَّليل المراعَى، هل هو مُطلَقُ الدَّليل أم يُشتَرَط في هذا الدَّليل أنْ يكون في منزلة من القوَّة. لكنه بيَّن ذلك في سِياق جوابه عنْ سُؤال الشَّاطبيِّ، وقد تقدَّم نقلُ نصِّ قوله، ومُحصلُّه: أنه يُؤخَذ من كلٍّ من الدَّليلين جِهة القُوَّة فيه، فالقُوَّةُ في الدليلين نِسبيَّتان.

وقد نصَّ بعضُ مَنْ جاء بعد ابنِ عرفة على أنَّ الدَّليلَ المراعَى يشترط فيه القوَّة؛ قال الرَّصاعُ: «رُجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازِم قوله المخالف»[2]؛ وقال عِليش: «أنْ يَظْهَر له قوَّةُ دليل مخالفه بالنِّسبة للازم مدلوله الذي أَعمل في نقيضه دليلا آخر لقوَّته عنده بالنسبة له»[3].

خامسا: من أهمِّ ما يُلحَظ على تعريف ابن عرفة: قَصْرُه مراعاة الخلاف على الأخذ بلازم مَدْلول المخالف. وهذا يَعْني أنه ليس من حقيقته: الأخذُ بمدلول المخالف أو ببعض مَدْلوله. وهذا لا يصح، فإنَّ كثيرا من الفروع الفقهية المؤسَّسة على رَعْي الخلاف

---

(١) شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيَّة ٦٤.

(٢) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٦.

(٣) عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٦١.

أُخِذَ فيها بعد الوُقوع بمدلول المخالف كامِلاً، أو ببعض مَدْلوله. وقد ذَكَر ابنُ عرفة في مسألة الشِّغار أنَّ مَدْلول المخالف هو عَدَمُ الفسخ، ولازِمه ثبوت الطلاق فيه والميراث، فأخذ المالكية بلازم مدلول دليل المخالف ولم يأخذوا بمدلوله. وبَيانُ عدم هذا القَصْر: أنَّ كثيرا من العقود لا تُفسَخ بعد الوقوع رَعْيًا للخِلاف، وعَدَمُ الفسخ يَعْني الإمضاء، ومعناه الأخذُ بمدلول دليل المخالف كلِّه وبلازِمِه. وسيأتي بَيانٌ لبعض الأمثلة في الإمضاء بعد الوقوع. لذلك كان من الصَّواب أنْ يُقال هو الأخْذُ ببعض مَدْلول دليل المخالف أو بمَدْلوله كامِلاً. ويَدْخُل في مفهوم المدلول: لازِمُه.

التَّعريف الثَّالث:

وعرَّف أبو العبَّاس القَبّابُ مُراعاة الخلاف في جَوابه الأوَّل الذي بَعثَ به إلى الشَّاطبيِّ: «حقيقةُ مُراعاة الخلاف: هو **إعطاءُ كلِّ واحِدٍ من الدَّليلين حُكمَه**»[1].

ثمَّ ضَرَب لهذا التَّعريف مثالا يُوضِّح به مفهومَه: وهو قول المالكيَّة في النِّكاح المختلف في فساده أنَّه يُفسَخُ بطَلاقٍ وفيه الميراثُ؛ فقد رُوعِيَ الخلافُ بترتُّب الميراث وبضَرورة الطَّلاق لحلِّ مِيثاق الزَّوجيَّة، واعتُبر مع ذلك فَسْخًا[2].

فحاصِلُ معنى قوله: «**إعطاء كلِّ واحد من الدَّليلين حكمَه**» أنَّ المجتهد يقول ابتداءً بالدَّليل الذي يراه أرجحَ، ثمَّ إذا وقع العملُ

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٨٨ .

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٨٨.

على مُقتضى الدَّليل الآخر راعَى ما لهذا الدَّليل من القوَّة التي لم يسقط اعتبارُها في نَظَره جملة؛ فهو توسُّط بين مُوجب الدَّليلين[١].

ثمَّ بَسَطَ القبّابُ تعريفه وأبان عن مُراده منه بما حاصِلُه: أنَّ الأدلَّة الشَّرعيَّة تأتي على أحد سبيلين:

الأوَّل: ما ظَهَرت فيه قُوَّةُ الدَّليل، بحيث يَجزم النَّاظِرُ فيه بأحَد الدَّليلين والعمل بإحدى الأمارتين؛ فهاهنا لا وَجْهَ لمراعاة الخِلاف ولا معنى له[٢].

الثَّاني: من الأدلَّة ما يَقْوَى فيها أحدُ الدَّليلين، وتترجَّح فيها إحدى الأمارتين قوَّةً مَّا، ورُجْحانًا لا ينقطع معه تَردُّدُ النَّفس وتَشوُّفها لمقتضى الدليل الآخر-: فهاهنا يَحسُن مُراعاةُ الخلاف، فيقول مالكٌ ويعمل ابتداءً على الدَّليل الأرجح؛ لمقتضى الرُّجحان في غلبة ظنِّه. فإذا وَقَع عَقْدٌ أو عبادةٌ على مُقتضى الدَّليل الآخر، لم يُفسخ العقد ولم تَبطُل العبادة؛ لوُقوع ذلك على مُوافقة دليلٍ له في النَّفس اعتبارٌ، وليس إسقاطُه بالذي تَنشرِحُ له النَّفس[٣].

والذي يُستنتَجُ من تعريف القبّاب:

أوَّلا: هذا تعريفُ ابنِ عبد السَّلام التّونسيِّ، مع حَذْفه لقول ابن عبد السلام: «مع وُجود المعارض»، والإبقاءُ على هذا القيدِ أجودُ؛ لأنَّ فيه دلالةً على أنَّ هناك دليلا أصليًّا في المسألة ودليلا

---

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٨٨.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٨٨.

(٣) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٨٨.

مُعارِضا له، وهو دليلُ المخالف.

ثانيا: لم يُبيِّن التَّعريفُ المحلَّ الذي يكون فيه إعمالُ مراعاة الخلاف. نعم، لقد أبان في شرحه للتَّعريف هذا المحلَّ وهو بعد الوُقوع؛ لكنْ كان الأوْلى ذِكْرُه في التَّعريف.

ثالثا: ذَكَر في سِياق نصِّه: أنَّ المعتبَر في الدَّليل المنظور إليه في رَعْي الخلاف، هو الدَّليلُ القويُّ، دون الضعيف منه.

وما قيل في تعريف ابن عبد السَّلام يُسحَب على تعريف أبي العبَّاس.

التَّعريف الرَّابع:

قال الشَّاطبيّ في سياق ذكره لمراعاة الخلاف: «ووَجْهُه أنَّه راعى دليلَ المخالف في بعض الأحوال؛ لأنَّه ترجح عنده، ولم يترجَّح عنده في بعضها فلم يُراعه»[1]. فيؤخَذُ من بيان الشَّاطبيّ لوجه مُراعاة الخلاف أن مُراعاة الخلاف عنده هي:

«اعتبار المجتهد دليلَ المخالف في بعض الأحوال التي ترجَّح فيها عنده».

والذي يُستفادُ من مفهوم مُراعاة الخلاف الذي قدَّمه الشَّاطبيُّ ما يلي:

أوَّلا: مُراعاةُ الخلاف ليس اعتبارًا للخلاف ذاته؛ وإنَّما هو أخذ بمقتضى الأدلَّة الراجحة.

ثانيا: إعمالُ دليل المخالف يكون في بعض الأحوال لا في

---

(١) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٢/ ١٤٥-١٤٦.

كلِّها؛ وإلَّا كان تركًا للدَّليل الأصليِّ بالكليَّة؛ غيرَ أنَّه لم يُبيِّن هذه الأحوال التي يكون فيها إعمالُ دليل المخالف.

ثالثا: معيارُ الأخذ بدليل المخالف هو قوَّتُه في أحوال مُعيَّنة.

رابعا: لا يُقال إنَّ مفهوم مراعاة الخلاف الذي قدَّمه الشَّاطبيّ يصدُق على مفهوم الجمع بين الأدلَّة المختلفة؛ لأنَّه يُجاب عنه: بأنَّ الجمع يكون عَمَلا بالدَّليلين في كلِّ الأحوال؛ لا في حالاتٍ خاصَّة؛ وهذا خِلافُ ما عليه في مُراعاة الخلاف.

التعريف الخامس:

قال الحجويّ: «وتقدَّم لنا في الاستحسان... أنَّ مراعاة الخلاف من الاستحسان فليس بزائدٍ عليه؛ لكنْ أبو محمد (أي: صالح الذي نَقَلَ عنه الفقيه راشد أدلَّة مالك) رأى أنَّ **الاستحسانَ الأخذ بأقوى الدَّليلين، ومُراعاةَ الخلاف أخذٌ بهما معًا من بعض الوُجوه**»[1].

لم أَجِدْ هذا النَّصَّ عن أبي محمَّد؛ فالنَّصُّ المشهورُ عنه الذي عَدَّد فيه الأدلَّة التي بنى عليها مالكٌ فِقهَه لم يُفسِّر فيه مُراعاة الخلاف؛ قال: «... والخامس عشر الاستحسان، .. واختلف قوله في السابع عشر وهو مراعاة الخلاف؛ فمرَّةً يقول يُراعيه ومرَّة لا يراعيه»[2].

والظَّاهِرُ أنَّ الحجويَّ لمَّا رأى أبا محمَّد غايَر بين الاستِحسان

---

(١) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ٤٥٥.

(٢) النفراوي، الفواكه الدواني ١/ ٢٣، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢/ ٢٥٠، الوزاني، المعيار الجديد ١١/ ٩٣، الحجوي، الفكر السامي ١/ ٤٥٥.

وبين مُراعاة الخلاف، التَمَسَ وَجْهَ الفرق بينهما، فخَرج بالفرق، ليسَ على أنَّه من كلام أبي محمَّد. وتفسيره لمراعاة الخلاف أصله لابن عرفة حين قال: «...بيَّنا أنه إعمالٌ لدليلِه من وَجْهٍ هو فيه أرْجَحُ، وإعْمالُ دليل غيره فيما هو عنده أرجَحُ... والعملُ بالدليلين فيما كلُّ واحِدٍ منهما هو فيه أرجحُ، ليس هو إعمالا لأحدهما وتركًا للآخر، بل هو إعمالٌ للدليلين معًا»[١].

ومع هذا، فإنَّ هذا الفرق المذكور ليس بالبيِّن؛ إذ الجمع بين الأدلَّة هو أخذٌ بالدَّليلين معًا من بعض الوُجوه.

مُرتكزات مفهومِ مُراعاة الخلاف:

يَظهَر مما سبق ومما سيأتي أنَّ مُراعاة الخلاف تَحْتمل مُراعاة الخلاف قبل الوقوع (وهو الخروج من الخلاف)، ومراعاة الخلاف بعده. والخروجُ من الخلاف مما اتَّفقت المذاهب عليه في الجملة. على خِلاف مُراعاة الخلاف بعد الوقوع، فهو وإنْ وُجِدَ بعضُ آثار اعتباره في بعض المذاهب، فإنَّ المذهب المالكيَّ أكثر المذاهب تعويلا عليه وبناءً للفروع على أساسه، وهم الذين اعتنوا بتأصيله. وليس في الخُروج من الخلاف كبيرُ إشكال[٢]، خاصَّة إنْ نُظِرَ إلى الإشكال الوارد في مُراعاة الخلاف بعد الوقوع. لذلك فإنَّ هذه

---

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٧٩.

(٢) على أنَّ المالكية أوردوا إشكالاتٍ عليه. انظر مثلا: الفروق للقرافي، مع حواشيه لابن الشاط. وكذا ما ذَكره الأبياريُّ فيه (نَقَلَه عنه الزركشي في البحر المحيط، وابن عاشور في حواشيه على شرح التنقيح). وانظر الإشْكال كذلك في سُؤالات الشاطبيِّ لابن عرفة (المعيار المعرب).

الدراسة ستُولي الاهتمام بمُراعاة الخلاف بعد الوُقوع.

وبعدَ عَرْض هذه التَّعريفات والتَّقريبات لمفهوم مراعاة الخلاف عند المالكيَّة، أنتهي إلى استخلاص مُرتَكزات هذا الأصل عند المالكيَّة:

أوَّلا: مُراعاةُ الخلاف هو تمسُّكٌ بالأدلَّة وعَمَلٌ بها، وليس من مفهومه اعتبارُ الخلاف ذاته.

ثانيا: المعتبرُ في دليل المخالف أنْ يكون قويّا، فلا يُراعى كلّ دليل. ويُلحَظ أنَّ القوَّة والضَّعف مختلفة بحسَب الحال، أعني: أنَّ الدَّليل الأصليَّ كان هو القويّ قبل الوقوع، أمَّا بعد الوُقوع فقد صار دليلُ المخالِف هو الأقوى لاعتباراتٍ سيأتي دراستُها فيما يأتي إن شاء الله تعالى.

ثالثًا: محلُّ إعْمال دليل المخالف هو بعدَ الوُقوع حيثُ يَترجَّح دليلُه على الدَّليل الأصليّ.

رابعا: مُراعاةُ الخلاف ليس فيه تركٌ للدَّليل الأصليِّ بالكليَّة؛ إذ يُؤخَذُ بهذا الدَّليل قبل الوُقوع. كما أنَّ المأخوذَ به من دَليل المخالف بعد الوُقوع يَختلِفُ، فقد يُؤخَذُ بمَدْلوله كلِّه، وقد يُؤخَذُ ببعض مدلول دليله. وسيأتي بَيانُ وَجه الاختلاف في دَرَجة إعمال دليل المخالف؛ إنْ شاء الله.

خامِسا: مُراعاة الخلاف وظيفةُ المجتهد؛ إذ الأخذُ بالأدلَّة والنَّظر في قويِّها وضعيفِها ليس من مَهامِّ المقلِّدين.

سادِسًا: الفرقُ بين مُراعاة الخلاف وبين الجمع بين الدَّليلين:

أنَّ القول النَّاتج عن الجمع بين الدَّليلين يُؤخَذُ به في كلِّ الأحوال؛ أمَّا في مُراعاةُ الخلاف فهو إعمالٌ لدليل المخالف في بعض ما دَلَّ عليه في حالة بعد الوقوع.

التَّعريفُ المختارُ لمراعاة الخلاف:

وإذا انتهينا من إبراز مُرتَكزات مفهوم مُراعاة الخلاف، نأتي إلى إعطاء تعريف يكون أدنى إلى حقيقة هذا الأصل، وأقربَ من مَضْمونه الذي قالت به المالكيَّة؛ ومنه فإنَّ مراعاة الخلاف عند المالكيَّة هو:

«عَمَلُ المجتهِد بدَليل المخالف في مَدْلوله أو بَعْضه، في حالة بعد الوُقوع؛ لترجُّحه على دليل الأصل».

قوله: «**عَمَلُ المجتهِد**» فيه لحظٌ للمرتكز الخامس.

قوله: «**بدليل المخالف**» فيه لحظ للمرتكز الأوَّل.

قوله: «**في مَدْلوله أو بَعضِه**» فيه اعتبار للمرتكز الرَّابع.

قوله: «**في حالة بعد الوُقوع**»؛ فيه ملاحظة للمرتكز الثَّالث والسَّادس.

قوله: «**لترجحه على دليل الأصل**» فيه اعتبار للمرتكز الثاني.

الفرع الثَّالث

الألفاظ ذات الصِّلة بمراعاة الخلاف

لمراعاة الخلاف معنيان في إطلاقات العلماء:

الأوَّل منهما: **مُراعاةُ الخلاف قبلَ الوُقوع**، وهو ما يُعرَفُ كذلك **بالخُروج من الخلاف**. وإطلاقُ مُراعاة الخلاف على هذا المعنى مَشهورٌ عند المذاهب الأُخرى. فالأصلُ في إطْلاقهم لمراعاة الخلاف أنَّهم يَقْصِدُون إلى معنى الخُروج من الخِلاف[1].

والمالكيةُ يُطلِقون مُراعاة الخلاف على المفهوم العامِّ له الشَّامِل للخُروج منه ابتداءً[2]، ولمراعاته بعد الوقوع. وبَعضُهم يَخصُّه بمُراعاة الخلاف بعدَ الوُقوع.

ومعنى **مُراعاة الخلاف قبل الوقوع**:

أنْ يُراعِيَ المجتهِدُ خِلافَ الغير في أصل الحكم المبتدإ الذي كان إليه اجتهادُ المجتهد؛ فيعتبر قولَ غيره لِمَا في ذلك من تحقيق جانب الوَرَع والحياطة للدِّين؛ فهو يَتوسَّطُ في قوله الذي يَنتَهي إليه

---

(١) الزركشي، المنثور، ٢/ ١٣٠، ١٣٣، زكريا الأنصاري، شرح البهجة ١/ ١٥٧، الهيتمي، تحفة المحتاج ٣/ ٤٠٣، الرحيباني، مطالب أولي النهى ٥/ ٤٦٨، ابن نجيم، البحر الرائق ١/ ٣٤٠.

(٢) انظر أمثلة في إطلاق مراعاة الخلاف على الخروج منه: النفراوي، الفواكه الدواني ١/ ١٩١، ٢٩٧، ٣٠٥، ٣٥٣، ٢/ ٢٦٧، الدسوقي، الحاشية ١/ ٢٧٠، ٢/ ١١٨، الدردير، الشرح الصغير ١/ ٩٤، الصاوي، بلغة السالك ١/ ٣٠٩.

بالخُروج من الخلاف؛ فمثلا: في مسألة أَسْلَمَه النَّظرُ فيها إلى حُكم الإباحة، وخالفَه غيرُه مُستنِدًا إلى دليلٍ له اعتبارٌ في النَّظر فقال بالحُرمة؛ فبمقتضى الوَرَع والحيطة فإنَّه يَخرجُ من الخلاف ويَحتاط للدِّين استحبابا، بأنْ يتوسَّط في القول ويقول بالكراهة في المسألة. وكذلك الشَّأنُ في مسألة أدَّاهُ فيها اجتهادُه إلى الإباحة، وخُولِفَ بدليل له في النَّظر موقعٌ مُعتبَرٌ دلَّ على الوجوب؛ فاستنادًا إلى الخُروج من الخلاف يقول هو ابتداءً بالاستحباب[1].

أمَّا المعنى الثَّاني لإطلاق هذا المصطلح: فهو مراعاة الخلاف بعد الوقوع، وهو المرادُ في بحثنا هذا.

ولقد كان لهذا التَّبايُن في الإطلاقات أثرٌ في تنزيل كلام بعض الأئمَّة على خِلاف المراد الذي عَنَوْه، والمقصد الذي راموه؛ فبعضٌ ممَّن تناول بالبحث مُراعاة الخلاف جَعَل يَسرُد أقوالَ وشُروطَ المذهب الشَّافعيِّ للأخذ بمُراعاة الخلاف، وجَعَل يُطبِّق تلك الشُّروطَ والأقوالَ على مُراعاة الخلاف التي قال بها المالكيَّةُ؛ والأمرُ ليس على هذا النَّحْو؛ إذْ مبحثُ الخروج من الخلاف يَختلِف اختلافًا مَّا عن مبحث مُراعاة الخلاف على اصطِلاح المالكيَّة الخاصِّ.

ومعنى مُراعاةُ الخِلاف بعد الوُقوع:

أنَّ الاجتهاد الأوَّليَّ للمجتهد أدَّاه إلى حُكْم مُعيَّن؛ لكنَّ الفعل بعد وُقوعه نَشَأ عنه بعضُ الملابسات التي استدْعَت إعادةَ النَّظر في

(١) السنوسي، مراعاة الخلاف ٦٥-٦٦.

أدلَّة المسألة؛ لمكان اختلاف المُلابسات التي لها موقعٌ في تشكيل صورة المسألة؛ وإذا اختلفت صورةُ المسألة عن الصّورة الأوَّليَّة لزِمَ أنْ يُستأنَف لها الاجتهادُ؛ وعليه فإنَّ المجتهد يُسلِّطُ نَظرَه في المسألة الجديدة مع لحظ دليلِ المُخالِف وما نَشَأَ حالَ التَّطبيق من آثار ومُلابسات تكون مُعتَبَرةً في التَّرجيح والنَّظر[1].

وفي ضمن سُؤالات الشَّاطبيِّ لبعض أئمة أهل المغرب وإفريقية، سُؤالان: أحدها عن مراعاة الخلاف، وآخر عن الخروج من الخلاف. وفي ذلك ما يَدُلُّ على الخلاف بين المسلَكَيْن.

لكنْ مما يُنبَّه عليه أنه قد يَقَع في كلام كثير من المالكية ما يُفهَم منه أنَّ مُرادَهم من مُراعاة الخلاف ما هو شامِلٌ لرَعْي الخِلاف بمَعناه الخاصِّ، وللخُروج من الخلاف. فيكون هذا الإطلاقُ إطْلاقا عامًّا، لمصطلح مراعاة الخلاف. وسببُ هذا الإطلاق الشامِل للمَعنيَين: أنَّ كلا من المسلَكَيْن لهما جِهاتُ اتِّفاق، أهمُّها: تَرْكُ مُقتَضى الدَّليل الراجِح في المسألة، نَظَرًا للاختلاف. وهذا القَدْرُ مُشتَرَكٌ في كلٍّ من المسلَكَيْن. لكنَّ التحقيق أنَّ هنالك خِلافًا في مُقتضي الترك، مِمَّا يَجْعل المسلَكَين، على تَشابُهٍ بينهما، مُختلِفين. والأصلُ فيمَنْ أنْكَرَ الخُروجَ من الخلاف، أنه مُنْكِرٌ لمراعاة الخلاف بمعناه الخاصِّ.

ووُجوه الفرق بين الخروج من الخلاف وبين مُراعاة الخلاف تتمثَّل فيما يلي:

---

(١) السنوسي، مراعاة الخلاف ٦٨-٦٩.

أوَّلا : يَختلفان من حيثُ الحكم؛ فالخروج من الخلاف حكمُه الاستحباب؛ لأنَّه من الوَرَع. أمَّا مُراعاة الخلاف فحكمُه الوجوبُ؛ لأنَّه عملٌ بمقتضى الدَّليل الرَّاجح؛ واتِّباعُه واجب.

ثانيا : مُدْرَكُ العمل بالخروج من الخلاف هو الوَرَعُ؛ أمَّا مُراعاةُ الخلاف فهو اتِّباعُ الدَّليل الرَّاجح. على أنَّ الاحتياط من المعاني التي تُلحَظ في بعض ما يَتأسَّس عليه مُراعاة الخلاف بعد الوقوع.

ثالثا : الخروجُ من الخلاف يُفرَضُ في حالة ما قبل الوُقوع، أمَّا مُراعاة الخلاف فبعد الوُقوع.

والذي يَعنينا في هذا الموضع هو مُراعاة الخلاف بعد الوقوع.

* * *

المطلب الثَّاني

حُجيَّة أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي:

الفَرْعُ الأوَّل

مراعاة الخلاف أصلٌ من أصول المذهب

مُراعاةُ الخلاف أصلٌ من أصول المذهب المالكيِّ، نصَّ عليه غيرُ واحد من أئمَّة المذهب، وجعلوه من قواعد المذهب وأصوله التي بَنَى عليها مالكٌ وأصحابه كثيرا من الفروع الفقهية؛ ومن هذه النصوص التي نسب فيها المالكيَّة هذا الأصل للمذهب المالكيِّ:

قال ابنُ رشد الجدّ: «...مراعاة الخلاف، وهو أصلٌ في المذهب»[١]، وقال: «...ومن مذهبه مراعاة الخلاف»[٢]، وقال في نوازله: «مراعاة الخلاف أصل من أصول مالك»[٣].

وقال المقَّريُّ في «قواعده»: «قاعدة: من أصول المالكيَّة مراعاة الخلاف»[٤].

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٧. وابن رشد يجري على الاصطلاح العامِّ لمراعاة الخلاف.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ١/ ٤٢٥.

(٣) ابن رشد، المسائل ٢/ ١٠٢٣.

(٤) المقري، القواعد رقم ١٢.

وقال الشَّاطبيّ: «. . .مراعاةُ خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك يَنبَني عليه مسائلُ كثيرة»[١]، وقال بعد سَوقه لبعض الأمثلة من مُراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ: «وهذا المعنى كثيرٌ جدًّا في المذهب»[٢]، وقال الشَّاطبيّ في السّؤال الذي وجَّهه لبعض أئمَّة المغرب وإفريقية: «إنَّ مالِكًا وأصحابَه -رحمهم الله- يَجري كثيرًا في فتاويهم ومسائلهم مُراعاةُ الخلاف، ويَبنون عليها فُروعًا حجة (كذا)[٣]، ويُعلِّلُ به شيوخ المذهب الشَّارحون له أقوالَ مَنْ تقدَّم من أهل مذهبهم من غير توقُّف، حتَّى صارت عندهم وعند مُدرِّسي الفقهاء قاعدةً مبنيًّا عليها، وعمدةً مرجوعا إليها»[٤].

وقال الشَّيخ بَنَّاني: «. . .مُراعاةُ الخلاف. . . هو أصلٌ في المذهب، ومن ذلك قولُهم في النِّكاح المختلف في فساده: إنَّه يُفسَخ بطلاق وفيه الميراث؛ وهذا المعنى أكثرُ من أن يُحصَر»[٥].

وقال التَّسوليّ: «. . .من جملة ما بَنَى (أي: مالك) عليه مذهبه مُراعاة الخلاف؛ فتارةً يُراعيه، وتارةً لا يُراعيه»[٦].

وقد عُدَّ أصلُ مراعاةُ الخلاف من محاسن المذهب المالكيِّ، قال القبَّاب في جوابه عن استشكالات الشَّاطبيِّ: «فاعلم أنَّ مُراعاة

---

(١) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٢/ ١٤٥.

(٢) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٢/ ١٤٦.

(٣) لعله: جَمَّة.

(٤) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/ ٣٦٦-٣٦٧.

(٥) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٥١.

(٦) التسولي، البهجة في شرح التحفة ١/ ٢٠.

الخلاف من محاسنِ المذهب؛

وكَمْ من عائبٍ قولا صحيحًا وآفتُه من الفهم السَّقيم»[١].

وعَزاه أبو العباس القُرطبيُّ لمالك، قال: «...ولذلك راعَى مالكٌ الخلاف»[٢].

ومن عُلماء المذهب المالكيِّ مَنْ جعل مُراعاةَ الخلاف فرعًا من فُروع الاستحسان وشُعبةً من شِعابه؛ ومن هؤلاء الذين اعتبروه من قَبيل الاستحسان: ابنُ رشد، قال: «ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب»[٣]، وقال في شرحه لبعض مسائل «المستخرجة»: «...وهذا القول هو القياس على المذهب؛ لأنَّ مُراعاة الخلاف إنَّما هو استحسانٌ...»[٤].

وقد خرَّج أبو العباس القبَّاب مسألةَ مُراعاة الخلاف على أصل الاستحسان في الجواب الثَّاني الذي بَعث به للشَّاطبي؛ ونَقَل الشَّاطبيُّ هذا الجوابَ في كتاب «الاعتصام» وجَعَل ما وَرَد في كلام القبَّاب من أدلَّةٍ أدلةً على أصل الاستحسان؛ قال القبَّاب مُعلِّقًا على إشكالات الشَّاطبيّ: «وكلُّها إيراداتٌ سَديدةٌ، صادرةٌ عن قريحة قياسيَّة مُنكِرةٍ لطريقة الاستحسان. ولقد ضاقَت العبارةُ عن

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٨٨. والبيت للمتنبِّي، في أبيات مطلعها:
إذا غامرتَ في شَرَفٍ مَرومِ * فلا تقنع بما دون النُّجومِ

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٣١٠. لكن لست على ثقة من أنه يُريد من مراعاة الخلاف بمفهومه الخاصِّ؛ فلعلَّه يقصد الإطلاقَ العامَّ الشامل للمَسْلَكَيْن.

(٣) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٧.

(٤) ابن رشد، البيان والتحصيل ١٥/ ٢٢٤.

معنى أصل الاستحسان. . . حتَّى قالوا: أصحُّ عبارة فيه أنَّه: معنى ينقدح في نفس المجتهد تعسُر العبارة عنه! فإذا كان هذا أصلَه الذي مرجع فروعه إليه، فكيف ما يُبْنى عليه؟! لا بُدَّ أنْ تكون العبارةُ عنه أضيقَ!»[1]. فترى كيفَ جعل مراعاةَ الخلاف تنبني على الاستحسان، وعدَّ الاستحسان أصلا لمراعاة الخلاف.

وقال الشَّاطبيُّ بعد أنْ ساق الجواب بأكمله: «انتهى ما كَتَبَ لي به؛ وهو بَسْطُ أدلَّة شاهدة لأصل الاستحسان»[2].

وقال الشَّاطبيّ في «الاعتصام»: «قالوا إنَّ من جملة أنواع الاستحسان مراعاةَ خلاف العلماء. . .»[3].

وقال التَّسوليّ عن مراعاة الخلاف: «وذلك كلُّه راجع إلى تقديم الاستحسان على القياس»[4].

غير أنَّ عَدَّ مُراعاة الخلاف من شِعاب الاستحسان وفُروعه يُعارِض ما عليه كثيرٌ من عُلماء المذهبِ من التَّفرقة بين الأصلين والمُغايرَة بينهما، والتَّفريقُ والمغايرة تقتضي أنَّ بين الأصلين فروقا واختلافا؛ إذْ لو كانت مُراعاة الخلاف ممَّا لا تُخالف أصلَ الاستحسانِ في شيءٍ، لمَا كان للتَّفرقة بينهما من وَجْهٍ. ويستدعي هذا المقامُ أنْ يُوقَف وقفةً مقارنة بين الاستحسان وبين مراعاة

(١) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٨٠.
(٢) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٩١.
(٣) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٧٦.
(٤) التسولي، البهجة في شرح التحفة ١/ ٢٠.

الخلاف.

وبعد النَّظر تحرَّر لي أنَّ بين الاستحسان وبين مراعاة الخلاف وُجوهًا من الوَفق، ووُجوها من الخُلف:

أوْجه الاتفاق:

أوَّلا: انبناءُ مُراعاة الخلاف والاستحسان على اعتبار المآل.

ثانيا: يَشتركان في عَدَم العَمَل بدليل الأصل في بعض مُقتَضياته.

ثالثا: يَشترِك كلٌّ من الأصلين في المقتَضيات الحاملة على الأخذ بهما، فهي من حيثُ العُمومُ مُشتركةٌ ومُتشابهةٌ. إذ المعاني المصلحيةُ هي أساسُ اللَّجَإ إلى أصل الاستحسان. والأمرُ نفسُه بالنسة لمراعاة الخلاف، فكثيرًا ما يكون سببُ العُدول عن بعض ما دلَّ عليه الدَّليل الأصليِّ في المسألة، هو معنى من المعاني المصلحية المعتبرة.

أوْجه الاختلاف:

أوَّلا: يُشتَرط في مُراعاة الاستحسان أنْ يكون دليلُ الأصل الذي كان منه الاستثناءُ دليلا عامًّا أو قياسًا متعدِّيا؛ وهذا غير مُشتَرَط في مراعاة الخلاف، فقد يكون دليل الأصل دليلا خاصًّا.

ثانيا: وينبني على الفرق الأوَّل أنَّ الاستحسان يقوم على أساس الاستثناء؛ فالاستحسانُ هو استثناءٌ من الدَّليل الأصليِّ بدليل الاستدلال المرسل. أمَّا مُراعاةُ الخلاف، فليس فيه معنى الاستثناء؛ لأنَّ حقيقته تركٌ لمقتضى الدَّليل الأصليِّ في حالة بعد

الوُقوع لما ترتَّب عليه الوُقوع من آثار أنتجت إعادةَ النَّظر في مُقتضى الأدَّلة، بحيث أفضى هذا النَّظر إلى ترجيح دليل المخالف في بعض مقتضياته على دليل الأصل.

ثالثا: الدَّليل الذي يُعدَل إليه في الاستحسان هو الاستدلالُ المرسل في العُموم الأغلب عند المالكيَّة. أمَّا مُراعاةُ الخلاف فالدَّليل الذي يُعدَل إليه ليس مصلحة فقط؛ بل قد يكون دَليلاً من الأخبار أو الأقيسة. ونعم، للمصلحة المعتبرة شرعا أثرٌ محورِيٌّ في ترجيح دليل المخالف في بعض مُقتضياته على دليل الأصل.

فإذا ثبت أنَّ هناك فروقا بين الأصلين، ترجَّح التَّفرقةُ بينهما، وعدُّ كلٍّ منهما أصلا مُفرَدًا من أصول المذهب. وبه يظهر ترجيحُ من أفرد مُراعاة الخلاف بكونه أصلا مُستقلّا. ولعلَّ وَجْه عدِّ مراعاة الخلاف من قبيل الاستحسان هو التَّشابهُ بين الأصلين في ترك مُقتَضى الدَّليل الأصليِّ في محلٍّ اقتضى التَّرك.

ولعل من أسباب عدِّ مراعاة الخلاف من فُروع الاستحسان، هو التَّفسيرُ العامُّ الذي فُسِّر به مفهوم الاستحسان؛ بأنَّه عَمَلٌ بأقوى الدليلين؛ فلو أُخِذَ الاستحسانُ على هذا المفهوم لكانت مُراعاةُ الخلاف ممَّا يندرج مفهومُه ضِمْنَ مفهوم الاستحسان؛ لأنَّ مُراعاةَ الخِلاف عَمَلٌ بوجهٍ من كلِّ دليل فيما قوِيَ في بعض مُقتَضياتِه.

الفرعُ الثَّاني

شَواهِدُ من فقه مالك وتلامذته على الأخذ بمراعاة الخلاف:

ومن أمثلة مُراعاة الخِلاف: قولُهم إنَّ الماء اليسير إذا حَلَّت فيه النَّجاسةُ اليسيرةُ، ولم تُغيِّر أحَدَ أوْصافه -: إنَّه لا يتوضَّأ به ويتيمَّم ويتركه؛ فإنْ توضَّأ به وصلَّى، لم يُعِد إلّا في الوقت؛ مُراعاةً لقول مَنْ رآه طاهِرًا، ويُبيح الوضوء به ابتداءً. وكان القياسُ على أصل قولهم أنْ يُعيدَ أبدًا؛ إذْ لم يَتوضَّأ إلَّا بما يَصحُّ له تركُه إلى التيمُّم[1].

ومن أشهر الأمثلة في أخْذ المالكيَّة بمُراعاة الخلاف: حُكمُهم في الأنكحة الفاسدة المختلَفِ فيها؛ فقد قال المالكيَّةُ بأنَّ ما كان على هذه الشَّاكلة فإنَّه يَثبُت فيه الميراثُ وأنَّ الفسخ يكون بطلاق. ومُقتضى دليل الفساد يوجِبُ أنْ يكون الفسخُ دون طلاقٍ، وأنْ لا يَثبُت معه ميراثٌ؛ إذْ لا وُجود لموجِبِه مِنْ قِيام الزَّوجيَّة الصَّحيحة؛ لكن اعتبر المالكيَّة الخلافَ في المسألة لقُوَّة دليل المخالف فيها، فقالوا ببعض مُقتضى دليله في الفسخ بالطَّلاق وإثبات الميراث[2].

قال ابن القاسم في «المدونة» في مسألة جارِيةٍ على هذا

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٧، الحطاب، مواهب الجليل ١/ ٧٠، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ٧٥-٧٦.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٧.

المنوال: «...وهو أمرٌ قد اختَلَف فيه أهلُ العلم في الفسخ والثَّبات، فأراه نِكاحًا أبدا يَتوارَثان حتَّى يفسخ **لما جاء فيه من الاختلاف؛ وكلُّ ما كان فيه اختلافٌ من هذه الوُجوه ممَّا اختَلَف النَّاس فيه، فإنَّ الميراث فيه حتَّى يفسخه مَنْ رأى فسخَه**. ألا ترى لو أنَّ قاضيًا ممَّن يرى رأيَ أهل الشرق[1] أجازه قبل أنْ يدخل بها وفرض عليه صداق مثلها، ثمَّ جاء قاضٍ ممَّن يرى فسخَه ولم يكُن دَخَل بها، لم يفسخه لما حكم فيه مَنْ رأى خلافه؛ فلو كان حَرامًا لجاز لمن جاء بعده فسخه. فمِنْ هنالك رأيتُ الميراثَ بينهما؛ وكذلك بَلَغَني عن مالِكٍ»[2].

ففي هذا النَّصِّ الجليل يُبرِزُ ابنُ القاسم فيه أنَّ الحكم بثُبوت الميراث إنَّما كان لما أُثِرَ من خِلافٍ لبعض أهل العلم[3]، والمسائلُ المختلف فيها التي لا يُجزَمُ فيها بالحكم لا تُعامَل مُعاملةَ المسائل التي لا اختلاف فيها.

ومذهبُ المالكيَّة أنَّ النِّكاح المختلَف فيه ممَّا يلحق فيه الطَّلاقُ من المطلِّق إنْ طلَّق قبل الفسخ، ويكون الفسخ تطليقة؛ قال ابنُ القاسم: «...فأمَّا ما اختلف النَّاس فيه حتَّى يأخذ به قومٌ ويكرهه قوم، فإنَّ المطلق يلزمه ما طلَّق فيه...ويكون الفسخُ فيه عندي

---

(١) ويُريد بأهلِ الشَّرق أو أهل المشرق: أهلَ العراق؛ وهذا الاصطلاحُ كان شائعا في القُرون الأُولى.

(٢) سحنون، المدونة ٢/ ١٦٩.

(٣) على أنَّ في ذلك خلافا في المذهب، مأخوذ من الخلاف في روايات المدونة.

تطليقة»[١]. فحَكَمَ ابنُ القاسم بثبوت الطَّلاق، على أنَّه قائلٌ بعَدَم جواز ذلك النِّكاح؛ لكنْ لمَّا كانت المسألةُ ممَّا يَشملُها خلافُ أهل العلم حَكَمَ فيها بثبوت الطَّلاق؛ حياطةً للفُروج.

وقال ابنُ القاسم في السِّياق نفسه: «وأصلُ هذا -وهو الذي سمعته من قول من أرضى من أهل العلم-: أنَّ كلَّ نكاح اختلف النَّاس فيه **ليس بحرام من الله ولا من رسوله، أجازه قوم وكرهه قوم**-: أنَّ ما طلَّق فيه يلزمه، مثل المرأة تتزوَّج بغير وليٍّ أو المرأة تزوج نفسها... أنَّه إنْ طلَّق في ذلك البتَّةَ لَزِمَه الطَّلاقُ، ولم تحلَّ له إلَّا بعد زَوْجٍ. وكلُّ نِكاحٍ كان حرامًا من الله ورسوله، فإنَّ ما طلَّق فيه ليس بطلاقٍ، وفَسخه ليس فيه طلاقٌ. ألَا تَرَى أنَّ ممَّا بَيَّنَ ذلك أنْ لو أنَّ امرأة زوَّجت نفسَها فوَقَع ذلك إلى قاضٍ يُجيز ذلك -وهو رأيُ بعض أهل المشرق- فقَضَى به وأنفذه حين أجازه الوليُّ، ثمَّ أتى قاضٍ ممَّن لا يُجيزه، أكان يَفسخه؟! ولو فسخه لأخطأ في قضائه! فكذلك يكون الطَّلاقُ يلزمه فيه. وهذا الذي سمعتُ ممَّن أثقُ به من أهل العلم؛ وهو رأيي»[٢].

وقال ابنُ رشد بعد أنْ ساق بعض الأمثلة من مُراعاة الخلاف في المذهب-: «وهذا المعنى أكثر من أن يُحْصَى، وأشهر من أنْ يُجهَل أو يَخْفى!»[٣].

(١) سحنون، المدونة ٢/ ١٢١.

(٢) سحنون، المدونة ٢/ ١٢٠-١٢١.

(٣) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٥٧.

وكثيرًا ما كان يُراعي ابنُ القاسم خلافَ أهلِ العراق؛ وهذا معلومٌ من تتبَّع الفروع الفقهيَّة المبنيَّة على أساس هذا الأصل؛ وابنُ القاسم كان مُطَّلعا على كثيرٍ من مذاهب أهل العراق وخلافهم لأهل المدينة، بل إنَّ «المدوَّنة» التي هي عُمدة المالكيَّة في مذهبهم أصلُها أسئلة اجتلبها أسدُ بن الفُرات من العراق، ثمَّ سأل عنها ابنَ القاسم، فأجابه بمذهب مالك أو بالقياس على مذهبه؛ ثمَّ أعاد سحنون سؤال ابنِ القاسم عن المسائل التي تَضمَّنتها «الأسديَّة» فحرَّر ابن القاسم الأجوبة عليها، وتلافى ما وَقَعَ له في الأجوبة عن سُؤالات أسد بن الفُرات من زلل أو عَدَم تحرير؛ فكانت بذلك كُتُبُ المدوَّنة والمختلطة[1].

قال ابنُ رُشْدٍ الجدّ: «. . . ابنُ القاسِم . . . كثيرًا ما يَميلُ إلى مذاهبهم - أي: مذاهب أهل العراق - في مَسائله، ويُراعي أقوالَهم فيها»[2].

---

(١) عياض، ترتيب المدارك ١/ ٤٦٩-٤٧٣. ومناسبة التسمية: أنَّ هذه المسائل كانت مُختلطةً غير مرتبةٍ ولا مُهذَّبةٍ، فشَرَع سَحنون في ترتيبها وتهذيبها وتذييلها ببعض الآثار من مُوطَّإ ابن وَهب -وهو غير روايته لموطإ مالك-، ومن غيره، فهذَّب ودوَّن كُتبًا من كتابه، وبَقِيَ الكتابُ في كتبٍ منه على أصله من الاختلاط؛ فسُمِّي الكتابُ كلُّه بـ«المدونة والمختلطة»: فالمدوَّنة الجزءُ المهذَّب، والمختلطة الجزء الذي لم يُرتِّبه سحنون؛ ثُمَّ اقتصر على إطلاق «المدوَّنة» على الكتاب كلِّه اكتفاءً بأوَّل عُنوان الكتاب.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٦/ ١٧١. قال ابن تيمية: «معلومٌ أنَّ «مدوَّنة» ابن القاسم أصلها مسائل أسد بن الفرات التى فرَّعها أهلُ العراق، ثمَّ سأل عنها أسدٌ ابنَ القاسم، فأجابه بالنَّقل عن مالك وتارة بالقياس على قوله، ثمَّ أصلها فى رواية سحنون؛ فلهذا يَقَع فى كَلام ابنِ القاسم طائفةٌ من المَيْل إلى أقوال أهل العراق، وإنْ لم يكُنْ ذلك من أُصول أهل المدينة». مجموع الفتاوى ٢٠/ ٣٢٧-٣٢٨. وانظر =

الفرع الثَّالث

موقفُ المالكيَّة من مراعاة الخلاف بعد الوقوع

بعد أنْ تَقرَّر أنَّ مُراعاة الخلاف من أُصول مذهب مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ومن القواعد التي جرَت عليها فُروعٌ مُتكاثِرةٌ في مذهبه-: فإنَّا نَأتي على بيان مَدَى قَبول المالكيَّة لأصل مُراعاة الخلاف، أو ردِّهم له، واعتراضهم على الاحتجاج به، والاستناد إليه، والتعويل عليه.

والمتتبِّعُ لهذا المسألة يَبينُ له أنَّ هذا الأصل كان مثارَ اهتمام كثير من علماء المذهب، بين مُستشكل له في مفهومه، ومضمونه، ومُدركه، والشّروط المعتبرة في الأخذ به، وضابط ذلك؛ وبين ناصر له، ومُثبت لحجيَّته، وقوَّة مُدركه الشَّرعيّ. فلم يكن هذا الأصلُ مَحَلَّ تسليم لَدَى عامَّة علماء المذهب. وفي هذا الفرع

= عارضة الأحوذي لابن العربي ٥/ ١٠٤ (على تحريف وتصحيف في المطبوع. وانظر المسألة التي تكلم فيها ابن العربي في التمهيد ٨/ ١٨٦). ومما يذكر عَرَضا في هذا الموضع أنَّ أقرب المذاهب إلى مذهب المالكيَّة في المنطِق الاجتهادي هو مذهب الحنفية؛ وقد سمَّى الشاطبيُّ كتابه الموافقات بهذا الاسم لأنَّ فيه توفيقًا بين مذهبي ابن القاسم وأبي حنيفة (الموافقات ١/ ٢٤)؛ وقال الفقيهُ أبو الليث الحنفيّ في «تأسيس النظائر» أنَّه: «إذا لم يوجد في مذهب الإمام (أبي حنيفة) قولٌ في مسألة يُرجَع إلى مذهب مالك؛ لأنَّه أقربُ المذاهب إليه». ردّ المحتار لابن عابدين ٣/ ٤١١.

سأتناول أقوالَ المؤيِّدين لهذا الأصل، والدَّافعين له من أهل المذهب المالكيّ:

أوَّلا: المالكيَّة الذين عابوا القول بمراعاة لاخلاف:

قال أبو العبَّاس القبّابُ: «. . . وقد استشكل كثيرٌ من العلماء القولَ بمراعاة الخلاف. . . وربّما عدَّه المعترضُ بما يقبح به هذا المذهب»[(١)].

وأوَّل مَنْ وَقفتُ له على كلامٍ في الاعتراض على الاحتجاج بمراعاة الخلاف: ابنُ عبد البرّ، وأبو عمران الفاسي، ثمَّ اعترَضه بعدَهما أئمَّةٌ كالقاضي عِياضٍ، وعُزِيَ للَّخميّ[(٢)].

قال الونشريسيّ في «المعيار»: «القولُ بمُراعاة الخلاف قد عابَه جماعةٌ من الأشياخ المحقِّقين، والأئمَّة المتفننين؛ منهم: أبو عِمْرَان، وأبو عُمَر[(٣)]، وعياض»[(٤)]، وقال في «إيضاح السالك»: «. . والقولُ بمُراعاة الخلاف قد عابَه جماعةٌ من الفقهاء، ومنهم اللَّخميّ، وعياضٌ، وغيرهما من المحقّقين، حتَّى قال عِياضٌ: **القولُ بمراعاة الخلاف لايعضُده القياس**»[(٥)].

---

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٨٧.

(٢) عزا الونشريسي للَّخمي في «إيضاح السالك» إنكار مراعاة الخلاف. وعزا له في المعيار المعرب خلاف ذلك، فنسب له القول به (المعيار ١٢/ ٣٧).

(٣) هو أبو عمر بن عبد البر؛ والمالكيَّة إذا أطلقوا كنية «أبي عمر» فيعنون ابن عبد البر.

(٤) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ١٢/ ٣٦، عليش، فتح العليّ ١/ ٨٢، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ١/ ٢٣٧.

(٥) الونشريسي، إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك١٦٠، المنجور، شرح المنهج المنتخب ١٩٨، ٢٥٣.

قال ابنُ عبد البر في بعض المسائل: «...**ولا يَجوز أنْ يُراعى الاختِلافُ عند طَلَب الحُجَّة؛ لأنَّ الاختِلاف ليس منه شيءٌ لازِمٌ دون دَليلٍ، وإنَّما الحجَّةُ اللَّازمة الإجماعُ لا الاختِلاف...**»[١].

وقال عِياضٌ: «القولُ بمُراعاة الخلاف لا يعضُده القياسُ[٢]؛ وكيف يَترُك العالمُ مذهبَه الصَّحيحَ عنده، ويُفتي بمذهب غيره المخالِف لمذهبه؟! هذا لا يسوغ له إلَّا عند عدم التَّرجيح وخَوْف فَوات النَّازلة، فيسوغ له التَّقليد، ويَسقط عنه التَّكليفُ في تلك الحادثة»[٣].

وعُزِيَ هذا القولُ لبعض المتأخِّرين من المالكيَّة؛ قال الونشريسي: «واختارَ هذا -أيضا- بعضُ الشُّيوخ أهل المذهب من المتأخِّرين؛ ووجَّهه بأنَّ دليلَيِ القولين لا بدَّ أنْ يكونا مُتعارضين يقتضي كلُّ واحِدٍ منهما ضدَّ ما يقتضيه الآخر، وهو معنى مراعاة الخلاف، وهو جَمْعٌ بين متنافيين»[٤].

---

(١) ابن عبد البر، التمهيد ١/١٤١-١٤٢. يظهر أنَّ كلام ابن عبد البر ورد في مسألة من قَبيل الخروج من الخلاف. لكن إنكاره مراعاة الخلاف شامِلٌ لما قبل الوقوع ولما بعده، إذ الإطلاق القديمُ لرَعْي الخلاف هو الإطلاقُ العامُّ.

(٢) قال المنجور في شرح المنهج المنتخب: «لما فيها من عدم الجريان على مقتضى الدليل» ٢٥٩.

(٣) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ١٢/٣٦؛ إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك ١٦٠؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب ١٩٨، ٢٥٣؛ عليش، فتح العليّ ١/٢٨.

(٤) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ١٢/٣٦، عليش، فتح العليّ ١/٢٨ .

ثانيا: المالكيَّة القائلون بمراعاة الخلاف:

وغالبُ المالكيَّة على حُجيَّة هذا الأصل، وقوَّته، وسَداد مأخذه. ومن أئمَّة المذهب الذين قالوا بمُراعاته ابنُ عرفة، والقبّاب، وأبو عبد الله الفشتالي، والشَّاطبيُّ، وغيرُهم كثير. ونَسَبَه الونشريسيُّ لابن العربيّ[1]، واختَلَف عَزْوُ الونشريسي للَّخمي بين كتابيه «الإيضاح» و«المعيار»[2].

وسيأتي في تضاعيف هذا البحث مناقشةُ إشكالات بعض المالكيَّة على أصل مُراعاة الخلاف.

* * *

---

(١) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ١٢/ ٣٦. وعنه: عليش، فتح العليّ ١/ ٨٢. قال ابنُ العربي: «القضاءُ بالرَّاجِحُ لا يَقطَع حكمَ المرجوح بالكليَّة؛ بل يجب العطفُ عليه بحسب مرتبته؛ لقوله عليه الصلاة والسَّلام: «الولد للفِراش، وللعاهِر الحَجَرُ؛ واحتَجِبِي منه يا سَودةُ»». قال: «وهذا مستند مالك فيما كره أكله؛ فإنه حَكَم بالتحليل لظهور الدليل، وأعْطَى المعارِضَ أثره؛ فتبيَّنْ مَسائلَه تجدها على ما رَسمتُ لك». وهذا التمثيلُ داخلٌ في الخروج من الخلاف. فالظاهرُ أنَّ ابن العربي يَجْري على الاصطِلاح العامّ. وهذا يُؤيِّد ما تَقدَّم عن ابنِ عبد البر.

(٢) عزا الونشريسي للَّخمي في «إيضاح السالك» إنكار مراعاة الخلاف. وعزا له في المعيار المعرب خلاف ذلك، فنسب له القول به (المعيار ١٢/ ٣٧).

المطلب الثَّالث

العَمَلُ بمُراعاة الخلاف في المذهب المالكي: حكمه، وشروطه:

الفرع الأوَّل

حكم العمل بمراعاة الخلاف

تأسيسًا على أنَّ مُراعاة الخلاف ليس من قَبيل مراعاة صورة الخلاف، وإنَّما هو تمسّكٌ بالدَّليل الرَّاجح الذي نَشَأت قوَّتُه بعد وقوع الفعل-: فإنَّ الحكم المتفصّي عن مُراعاة الخلاف ممَّا يَجِبُ على المجتهد العملُ به، ولا يَسَعه مُخالفتُه؛ ذلك أنَّ العمل بالرَّاجح واجبٌ؛ إذْ لا يسَعُ المجتهدَ أنْ يترك ما رجح عنده إلى غيره من الأدلَّة المرجوحة في نَظَره، لأنَّ الله تعالى تعبَّد المجتهدَ بما أدَّاه إليه نَظَرُه واجتهادُه، وما انتهى إليه ترجيحُه واختياره؛ وتركُ الرَّاجح إلى غيره هو تركٌ لما تعبَّد الله تعالى به المجتهدَ، وهو ممنوعٌ، فيكون ما أدَّى إليه ممنوعا. ومنه، فإنَّ الحكم المبنيَّ على مراعاة الخلاف يجب على المجتهد العمل به، ولا يسعه مفارقته إلى غيره. وكذلك فإنَّ المقلِّد يَجِبُ عليه أنْ يَتَّبع الأحكامَ التي بُنيت على مُراعاة الخلاف؛ لأنَّه مُقلِّدٌ لإمامه، ومتَّبعٌ له في اجتهاده.

وقد قرَّر الرَّصاعُ في شرح «حدود» ابن عرفةَ وُجوبَ العمل بمراعاة الخلافِ للمجتهد؛ قال رَحِمَهُ اللهُ: «فإنْ قُلتَ: إذا كان كذلك، فهل تجِبُ مُراعاةُ الدَّليل أو تجوز؟ قلتُ: يَظهر وُجوب ذلك عند المجتهد»[١].

هذا، وقد يقع في بعض عبارات عُلماء المذهب المالكيِّ أنَّ هذا الحكم مُستحبٌّ مراعاةً للخلاف، كقول ابن رشد في شرحه لبعض مسائل «المستخرجة»: «. . .وإلى هذا ذهب مالِكٌ، إلَّا أنَّه اتَّقى القولَ الآخَرَ ورَاعاه، فاستَحَبَّ له. . .»[٢]، وقال: «. . .إلَّا على وَجْه الاستحباب مُراعاةً للاختلاف»[٣].

وليس المرادُ من مُراعاة الخلاف في هذه المواضع المعنى الاصطلاحيَّ الخاص الذي نحن بصَدَد البحث فيه، وإنَّما هو بمعنى الخروج من الخلاف؛ وقد تقدَّم أنَّ البعض قد يُطلِق على الخروج من الخلاف مُصطلحَ مراعاة الخلاف؛ والاستحبابُ في الخروج من الخلاف إنَّما هو ناشئٌ عن الباعث والسبب الذي تعلّق به وأُخِذَ بمقتضاه؛ فالوَرَعُ هو الباعث على الخروج من الاختلاف في الابتداء، والوَرَعُ في هذا الموضع مُستحَبٌّ لا وجوبَ فيه، ولا إلزام عليه؛ فكان ما انبنى عليه مستحبّا ولا وجوب فيه كذلك.

---

(١) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٩.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٨/ ١١٨.

(٣) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ١٧٤.

الفرع الثَّاني

شُروط الأخذ بمراعاة الخلاف

وإذا كان أصلُ مراعاة الخلاف أصلاً من الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيِّ-: فإنَّ لإعمال هذا الأصل شُروطًا يَلزَم تحقُّقها ليسوغ البناء على وَفقه، والجريان على منهجه:

● **الشَّرط الأوَّل: أنْ يكون دليل المخالف قويّا:**

من الشُّروط التي اعتبرها المالكيَّةُ في الأخذ بمراعاة الخلاف، أنْ يكون دليلُ المخالف الذي يُرجع إليه في أصل مراعاة الخلاف، دليلا له اعتبارٌ وقوَّة؛ فلا يكون من الأدلَّة الواهية الواهنة.

قال ابن خويز منداد في كتابه «الجامع لأصول الفقه»: «مسائل المذهب تدل على... أنَّ مالكا رَحِمَهُ اللَّهُ كان يُراعي من الخلاف ما قويَ دليله، لا ما كثر قائله...»[1].

قال ابنُ رشد: «**من مَذهبه مُراعاة الخلاف إذا قَوِيَ**»[2].

وهذا ما يَدُلُّ عليه كلامُ الأئمَّة الذين فسَّروا مراعاة الخلاف، كابن عرفةَ، فقد جَعَل مُراعاة الخلاف هو الأخذَ من كلِّ دليلٍ بما

---

(١) ابن فرحون، كشف النقاب٦٣، تبصرة الحكام ١/ ٧١-٧٢. وقد تقدَّم التردُّدُ في مُراد ابن خُويزمنداد من مُراعاة الخلاف.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ٣٥٢.

رَجَح منه، فلو لم يَكُن دليلُ المخالف راجِحًا في بعض ما دلَّ عليه لما اعتُبِر به رأسًا.

ومِمَّا يشهد لهذا ما وَرَد في المستخرجة: سُئِل [أي ابن القاسم] عن رجل قال لامرأته: إنْ تزوَّجتُ عليكِ، فالتي أتزوَّجُ عليك طالقٌ البتَّةَ. ثم قال لها بعد ذلك: إنْ وَطِئتُ حَرامًا، فأنت طالقٌ. فتزوَّج عليها امرأةً فوَطئها. هل تراه حانِثًا فيهما جميعا؟ قال: «ما أرى أنْ تطلق عليه إلا التي تزوَّج. وأمَّا التي كانت عنده فلا أرى الطلاقَ يقع عليه فيها؛ لأنه لم يحلف على مثل هذا الحرام، وإنما أراد الزِّنا. **وهذه المرأةُ التي يَقَع عليه فيها الطلاقُ قد اختُلِف في أمرها، قد قال ناسٌ: لا يمينَ لرجُلٍ فيما لم يَتزوَّج. فلا أراه حانثًا في امرأته الأولى، وولَدُها يلحقه والصَّداقُ يَلزَمُه فيها**»[1].

قال ابنُ رُشْدٍ: «هذا صحيحٌ على أُصولهم في **مُراعاة الخِلاف، لأنَّ الخلاف فيه قويٌّ مَشهورٌ**، والقائلُ به تعلَّق بما يروى عن النبي ﷺ من قوله: «لا طلاق قبل نكاح ولا نكاح ولا عتق قبل ملك».

وقد قال ابنُ القاسِم في سماع أبي زيدٍ عنه **مُراعاة لهذا الخلاف: إنه لا يُفرَّق بينهما إذا دَخَلَا**. والمشهورُ أنه يُفرَّق بينهما، وأنهما لا يَتوارَثان إنْ مات أحدُهما قبل أنْ يُعثَر على ذلك. هو اختيارُ ابن القاسم في آخر رسم الرهون بعد هذا، ودليل ما في المدونة.

(١) العتبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل) ٦/ ١٩٠.

وذهب ابن حبيب إلى أنه لا ميراث بينهما، وإلى أنه يحد، ولا يلحقه الولد إن كان هذا بالشرط. فعلى قياس قوله يحنث الحالف في هذه المسألة؛ وهو بعيد. وبالله التوفيق»[١].

واعتبار القوة في دليل المخالف هو ما حرَّره ابنُ عبد السَّلام وأقرَّه على هذا التَّحرير مَن جاء بعده، قال ابنُ عبد السَّلام التّونسيّ: «والذي ينبغي أن يُعتقد أنَّ الإمام -رحمه الله تعالى- إنَّما يُراعي ما قوي دليله. وإذا حُقِّق، فليس بمُراعاة خلاف البتَّةَ، وإنَّما هو إعطاءُ كلٍّ من الدَّليلين ما يَقتَضيه من الحكم مع وُجود المعارض... المراعَى عنده إنَّما هو قوَّة الدَّليل»[٢].

ومَشَى على اشتِراط هذا الشَّرط مَن جاء بعدُ من المتأخِّرين، قال الونشريسي: «ومن أصلنا ألَّا نُراعي من الخلاف إلَّا ما قَوِيَ دليلُه»[٣]، وقال عِليش في بيان مراد المالكيَّة من مراعاة الخلاف: «مُرادُهم الخلاف في المذهب وخارجه، ويُشترط قوَّةُ دليل المخالف»[٤].

ولائحٌ من هذا الشَّرط أنَّ مراعاة الخلاف عند المالكيَّة إنَّما هو

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٦/ ١٩٠-١٩١.

(٢) المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٥، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ٣٧، ابن فرحون، كشف النقاب ١٦٧، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٩، المقري، القواعد رقم ١٢.

(٣) الونشريسي، عدة البروق رقم ٢٩٨.

(٤) عليش، فتح العليّ ١/ ٦٠، وانظر كذلك: الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ١٥١.

اعتبارٌ للدَّليل، لا اعتبار للقول نفسِه عَرِيًّا عن دليله المستند عليه. كما أنَّ هذا الشَّرطَ يُوجِبُ أنْ يكون الآخِذُ بأصل مراعاة الخلاف مُجتهدًا؛ إذْ هو العالِمُ بقُوَّة الأدلَّة وضَعْفها، وليس المقلِّد الذي لم يَبْلُغ رُتبةَ المجتهد من هذا النَّظر في قَبيلٍ ولا دَبيرٍ، قال عِليش: «مراعاةُ الخلاف وَظيفَةُ المجتهد لا المقلِّد كما توهَّمه بعضهم، وتحيَّر فيها من وُجوه»[1].

وسُئل الشَّيخ أبو إسحاق الشَّاطبيّ رَحِمَهُ اللَّهُ عن مُراعاة قولٍ ضعيفٍ أو رواية ضعيفة؛ فأجاب: «مُراعاةُ الأقوال الضَّعيفة أو غيرها شأنُ المجتهدين من الفقهاء؛ إذْ مراعاة الخلافُ إنَّما معناها مُراعاةُ دليل المخالف، حسبما فسَّره لنا بعضُ شيوخنا المغاربة، ومُراعاةُ الدَّليل أو عَدمُ مراعاته ليس إلينا، معشرَ المقلِّدين، فحسبُنا فَهْم أقوال العُلماء، والفُتيا بالمشهور منها. وليتَنا ننْجُو مع ذلك رَأسًا برأس؛ لا لنا ولا علينا!»[2].

واشتِراطُ كون الدَّليل قويًّا، عليه جماهيرُ المالكيَّة، وهو المشهورُ من مذهبهم؛ إلَّا أنَّ هناك أقوالا ضعيفةً تُحكى في المذهب دون أن تُنسَب إلى قائل تُخالف المشهور الذي قدمته؛ وهذه الأقوالُ هي:

---

(١) عليش، فتح العليّ ١/ ٦١. وانظر في ذلك: ميارة، شرح تحفة ابن عاصم ١/ ٧، التسولي، البهجة في شرح التحفة ١/ ٢١، التاودي، حلى المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم ١/ ٢٠.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ١١/ ١٠٣.

القول الأوَّل: يُراعى الدَّليلُ القويّ والضَّعيف[١].

القول الثَّاني: يُراعى القولُ الذي كثُر قائله لا ما قوي دليلُه[٢].

القول الثَّالث: أنْ يُراعَى نفس الخلاف كثُر قائلُه أو قلَّ[٣].

والقول الثَّاني والثَّالث مُؤسَّسان على أنَّ المراعَى في أصل مُراعاة الخلاف، هو القول نفسه لا الدَّليل. وهذا باطِلٌ في المذهب؛ لأنَّ مدرك مراعاة الخلاف إنَّما يَتمشَّى على أساس كون المراعى هو الدَّليل لا القول. كما أنَّ ترك الدَّليل إلى مُجرَّد القول هو تركٌ للاجتهاد إلى التَّقليد؛ وهذا ما لا يجوز في حقِّ المجتهد.

أمَّا القولُ الأوَّل، فإلى جانب اعتباره الدَّليلَ القويَّ، فهو يَعتبِر الدَّليل الضَّعيف؛ وهذا مَرْدودٌ في المذهب المالكيِّ؛ دليلُه:

أنَّ مذهب مالك في الخلاف الشَّاذِّ الضَّعيف أنْ يُحكَم عليه بالنَّقض قَضاءً، وما حُكِمَ عليه بالنَّقض قَضاءً لا يُعتبر في الخلاف؛ قال ابنُ القاسم في الأنكحة المختلف فيها: «وأصلُ هذا -وهو الذي سمعتُه من قول مَنْ أرضى من أهل العلم- أنَّ كلَّ نِكاحٍ

(١) ابن فرحون، كشف النقاب ١٦٧، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٩، المقري، القواعد رقم ١٢، الونشريسي ١٢/ ٣٧، البرزلي، نوازل الأحكام ١/ ١١٢-١١٣، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٦.

(٢) ابن فرحون، كشف النقاب ١٦٧، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٩، المقري، القواعد رقم ٥٤٠، الونشريسي ١٢/ ٣٧، البرزلي، نوازل الأحكام ١/ ١١٢-١١٣.

(٣) ابن فرحون، كشف النقاب ١٦٧، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٩، المقري، القواعد رقم ٥٤٠، الونشريسي ١٢/ ٣٧، البرزلي، نوازل الأحكام ١/ ١١٢-١١٣، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٦.

اختَلَف النَّاس فيه ليس بحَرامٍ من الله ولا من رسوله، أجازه قومٌ وكَرِهَه قومٌ-: أنَّ ما طلَّق فيه يَلزَمُه، مثل المرأة تتزوَّج بغير ولي أو المرأة تزوج نفسها. . . أنَّه إنْ طلَّق في ذلك البتةَ لَزِمه الطلاق ولم تحلَّ له إلا بعد زوج. وكلُّ نِكاحٍ كان حرامًا من الله ورسوله، فإنَّ ما طلَّق فيه ليس بطَلاقٍ، وفَسْخُه ليس فيه طلاقٌ؛ ألَا ترى أنَّ ممَّا بيَّن ذلك: أنْ لو أنَّ امرأةً زوَّجتْ نفسَها فوَقَع ذلك إلى قاضٍ يُجيز ذلك، وهو رَأيُ بعض أهل المشرق، فقَضَى به وأنفَذَه حين أجازه الوليُّ؛ ثمَّ أتى قاضٍ ممَّن لا يُجيزُه، أكان يَفْسَخه! ولوْ فَسَخَه لأخْطَأ في قَضائه! فكذلك يكون الطَّلاقُ يلزمه فيه. وهذا الذي سمعتُ مِمَّنْ أثقُ به من أهل العلم؛ وهو رأيي»[١].

فترى كيف أنَّ ابن القاسم احتجَّ على مُراعاة الخلاف في الأنكحة الفاسدة المختلف فيها، بما إذا رُفِعَ هذا النَّوعُ من الأنكحة إلى مَن يُجيزها فإنَّ حُكمَه فيها لا يُنقض؛ ومَعلومٌ في المذهب أنَّ النَّقض لا يكون إلَّا فيما كان فيه الخلافُ شاذًّا ضعيفا[٢]. وعليه فإنَّ الخلاف الشَّاذَّ أو الضَّعيفَ ممَّا لا يَجري فيه مُراعاةُ الخِلاف.

ومِمَّا يُنبَّه له: أنَّ الضَّعفَ والقُوَّة من الأُمور الإضافيَّة التي تَختلِف من مجتهِدٍ إلى مجتهِدٍ، فما يَقْوى عند البعض يكون عند

---

(١) سحنون، المدونة ٢/ ١٢٠-١٢١.

(٢) القرافي، شرح التنقيح ٤٤١، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام ٢٣، ٦٨-٦٩، ٧٥-٧٦، ١٢٨-١٣٢، الفروق ٤/ ٥١.

آخَرين إلى الضَّعْف ما هو. لذلك نُلْفي بين المالكيِّين بعضَ الخلاف في القول برَعْي الخلاف في مَسائل، للَّذي بَيَّنتُه من الاختلاف في تحقُّق قوَّة دليل المخالف من ضَعْفه. ومن أمثلة ذلك: ما رآه أصبغُ من عَدَم النظر إلى خِلاف مَنْ خالف في نِكاح الشِّغار ولا مُراعاته، لوَهاء دليل المخالف فيه عنده، فلم يُوقِع عليه المواريث ولا الطلاق. وهذا على خلاف ما رآه غيرُه من أهل المذهب من إجْراء الميراث والطلاق فيه[١].

ولعلَّ قولَ مَنْ قال إنَّ أهل المذهب يُراعون الدليل الشَّاذَّ أو القول الشاذّ، آخِذٌ في هذا السبيل، إذْ ألْفَى بعضَ الأقوال في المذهب تُراعي أدلَّةً شاذَّةً في نَظَره. وهذا ليس لازِمًا، لما بيَّنته من أنَّ الضَّعْف في الأدلة وادِّعاءَ الشُّذوذ من الأمور النِّسبيَّة.

ومن **الملاحظ الجليلة** التي وَقَعْتُ عليها في كلام الشيخ أبي الوليد، أنَّ الخلاف يَقْوَى ويَستَدُّ مُراعاته إنْ كان داخلا في المسألة من وُجوه عِدَّةٍ، فلو أنَّ الخلافَ كان داخِلاً من جهة واحدة لكان يُمْكن أنْ لا يُراعى، وذلك لضعفه. أمَّا أنْ يَترادَفَ الخلافُ في

---

(١) وبهذا يجاب عما أورده ابن بشير. قال المقري: (٥٤٠): «إذا قيل بمراعاة الشَّاذِّ، فقد اختلف هل يُراعى شذوذُ القائلين أو شذوذ الدليل. قال ابنُ بَشير: وقد خاطبت بهذا بعض من ينسب إلى الفقه؛ فأنكره حتى أخبرته بالقولين: إذا وقع الصلح أو العفو عن القاتل غيلة: هل يمضي لخلاف الناس أو لا يمضي لأنه خلاف شاذ. وأخبرته بقول أصبغ وغيره أنَّ نكاح الشِّغار لا تَقعُ فيه المواريث ولا الطَّلاقُ؛ لأنَّ دليله ضعيف، وإنْ قال به النعمان، بل روى عن مالك أنه يمضي بالعقد». القواعد ٢٣٥.

المسألة من وُجوهٍ مُختلفة، فإنَّ المسألة تُوغِلُ في الخِلاف، ويَدْخلها الاحتمال والشبهة؛ فاعتبارُ الخلاف حينها يكون أقْوى. والمثالُ المضروب في ذلك مِمَّا يُوَضِّح هذا الملحظ الجليلَ.

ما جاء في «المستخرجة»: سئل [أي مالك] فقيل له: إنَّ إمرأة ابن أخي أرضعتْ بلَبنه جاريةً ثُمَّ تزوَّجها. فقال: أفي الصِّغَر؟ فقال له: نعم. فقال له: أرى نِكاحَها مَفْسوخًا، لأنَّ لَبَنَ الفَحْل يُحرِّم، وهذا لَبَنُ الفَحْل، فالرضاعة تحرمُ ما تُحرِّم الولادة، وما أرى نكاحَك إلا مفسوخاً. **وأمَّا إذا تَزوَّجَتْ فارْجِعْ إليَّ إنْ شئت!**[1].

قال محمد بن رشد شارحا هذه المسألة، ومُعلِّقًا على قول: «**وأمَّا إذا تَزوَّجَتْ فارْجِعْ إليَّ إنْ شئت!**»: «لبنُ الفَحْل يُحرِّم عند مالك رحمه الله وجميع أصحابه... إلا أنَّ من مذهبه **مُراعاة الخلاف إذا قوِيَ**، فأراد، والله أعلم، بقوله للسائل: وأمَّا إذا تزوَّجت فارجع إليَّ إنْ شِئتَ-: **أنْ يَسأله كمْ أرضعت الجاريةَ؟ وهل كان رضاعُها في الحولين أو بعد الحولين؟** إذْ قد قال جماعةٌ من العلماء لا تُحرِّم المصَّةُ ولا المصتان على ما رُوِيَ في ذلك عن النبيِّ عليه السلام، وقال جماعةٌ منهم أيضاً: إنه لا يُحرِّم من الرَّضاع ما كان بعد الحوْلَين وإنْ قَرُب ولم يكنْ قبل ذلك فِصالٌ. **فلو اتَّفَقَت هذه الأسبابُ لم يُفرِّق بينهما**، والله أعلم، **لأنَّ الخلاف كان يَقْوى في المسألة لدُخوله فيها مِنْ وُجوهٍ شتى**، وبالله

---

(١) العتبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل) ٤/ ٣٥١.

التوفيق»[١].

ومن **الملاحظ** التي يَنبَغي أنْ يُنظَر إليها كذلك: أنَّ ما اختَلَف قولُ مالِكٍ فيه مما يكون محلا لرَعْي الخلاف حيث اقتضاه، ذلك لأنَّ اختلاف قوله دَليلٌ على أنَّ المسألة تعتورها الأنظار، فهي في محلِّ التردُّد، وإنْ رَجَّح قولا على آخر، فإنَّ اختلاف قولِه دليلٌ على الاحتمال المبين.

ففي المستخرجة: سُئل مالك عن امرأة زوَّجها غيرُ وليٍّ ابنَ عمٍّ لها[٢]، وأشهدت له على ذلك، ووليُّها قريب يعرفون مكانه. فقال له مالك: **أدَخَل بها**؟ فقال: نعم. قال: فالذي تزوَّجها كُفْؤٌ؟ قال: نعم. قال مالك: أرى تَدَع هذا وتدع الكلام فيه، كانت في الناس حطمة، وتقول أصابتني الضيعة، وتزوَّجها كُفْؤٌ، فلا أَرَى أنَّ تتكلم في هذا[٣].

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ٣٥١-٣٥٢.

(٢) في المطبوع: له. وفي النوادر والزيادات، نقلا عن المستخرجة: إلى ابن عمٍّ لها.

(٣) العتبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل) ٤/ ٣٦٨-٣٦٩. وعنه ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ٤/ ٤٠٦. وقد يَعترِضُ البعضُ فيما أجلبه من نُصوصٍ في المذهب، في مُراعاة الخلاف أو في غيره من الأصول المتقدِّمة، بأنَّ هذا الذي تأتي به ليس على المشهور المعوَّل عليه في المذهب، فلا يصح بذلك تمثيلك، بله تأصيلُك. والجواب عن هذا: أنَّ استدلالي مِنْ كلام أئمَّة المذهب كان على أساس صِحَّة الرواية عنهم، فإنْ ثبتت الروايةُ وصحّت، فإنَّ الأصل المبنيَّ عليه ذلك الفرعُ المرويُّ عنهم مُعتبَرٌ. أمَّا ما يكون من كون الفَرْع على خِلاف المشهور، فليس هذا قادِحًا في الأصل المؤسَّس عليه الفَرْع؛ ذلك أنَّ الرجوعَ عن الأقوال لا يكون في عُمومه الأغلب للرجوع عن الأصل المعوَّل عليه، إذ الغالب على الأئمَّة الاستقرارُ=

قال محمد بن رشد شارحا المسألة: «مذهبُ مالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ في رواية أشهب عنه أنْ لا يُزوِّج الأجنبيُّ الشريفةَ ولا الوضيعةَ. خِلافَ قول ابن القاسم وروايته عن مالك، في أنَّ للمرأة الدَّنيَّة والمسكينة أنْ تستخلِف رجلا أجنبيا يعقد نكاحها. فرأى إجازةَ النكاح لما وقع للحطمة التي كانت في الناس وما خشي على المرأة بسَبَب ذلك من الضيعة، **على أصله في مُراعاة الخلاف؛ لا سيما وقد اختلف في ذلك قوله**»[(١)].

لكنْ يَبْقى في هذا المقام إشْكالٌ: وهو هل العبرة في مراعاة الخلاف بمعناها الخاصِّ، أنْ يكون دليل المخالف قويا، أو أنْ يكون أقوى في بعض وُجوهه على الدَّليل الأصليِّ؟ كلامُهم في تفسير معنى مراعاة الخلاف يَجْري على أنهم يشترطون أن يكون أقوى في الوجه الذي قيل فيه بالمراعاة. وكلامُهم في شَرْط مُراعاة الخلاف يَنزِع إلى اشتراط القُوَّة.

وأحسب أنَّ الأمر قريبٌ بعضُه من بعض؛ بيانه: أنَّ دليل المخالف يُراعى إنْ كان به قُوَّة، لكن لا تَكْفي القُوَّة في مراعاته،

= في أصولهم الكلية التي يَبْنون عليها فِقهَهم. وسببُ الرجوع هو وِجدانهم أدلةَ أقوى في العبرة من ذلك الدليل الذي كان ابتناء الفرع عليه؛ وليس تركُ التعويل على أصل في فَرْع دليلا على عَدَم حُجيته في غيره، إذ الأدلة تتوارَد على الفروع والمسائل. وانظُر المقدمة التأصيلية لكتابي: «التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف فيها النقل عن الإمام مالك»؛ ففيها تناولٌ لطرائق الناس في عَزْو الأصول للأئمة، وما عَسَى أنْ يَعْتري ذلك من خَلَل.

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ٣٦٩.

بل لا بُدَّ من ضَميمة تدفع المجتهد على ترك بعض مُقتَضيات دليله لبعض مُقتَضيات دليل المخالف، الذي له في نفس المجتهد قُوَّة. وهذه الضميمةُ هي من جنس ما سيأتي بَيانه في مُقتضيات الأخذ بمراعاة الخلاف، من مثل الاحتياط، ورفع الضَّرر، ورفع الحرج. وعند انضمام بعض هذه المقتضيات إلى المسألة، خاصَّةً بعد الوقوع، يُرجِّحُ المجتهدُ تركَ دليله لبعض مُقتَضى دليل المخالف؛ فيكون كأنه جَعَلَ دليل المخالف في بعض ما دَلَّ عليه أقوى من دليله في ذلك الأمر بخُصوصه؛ لكن هذه القُوَّة إضافيةٌ.

وقد وقفتُ على نصّ عزيز، ومقالة بديعة لبعض فقهاء مالقة، أبان فيها عن **ضابط إمضاء بعض العُقود بعد الوُقوع**، دون بعض؛ وأنا ناقِلُه في هذا المقام، لحسن ما دَبَّجته يَراعتُه رَحِمَهُ اللَّهُ، قال:

«. . . والعلَّةُ في فَسخ بعض المسائل الواقعة دون بعض، هي أنَّ **الشريعة مبنيَّةٌ على التسهيل والتَّيسير والسمح ورَفع الحرج والمشقَّة عن أهلها**، ولا شَكَّ أنَّ نَقْض الأمر بعدما أُبْرِمَ وفُرِغ منه، أشدُّ على المرء وأضعفُ من منعه ابتداءً. بل في **نَقْضه بعد إبرامه الحَرَجُ العظيمُ، والكُلفةُ الشَّديدَةُ، والمشقَّةُ الصَّعبَةُ**.

لكنه لَمَّا كان عَدَمُ الفسخ لكلِّ ما عُقِدَ، وترك النَّقض لكُلِّ ما أُبْرِمَ من الأمور الشَّرعية، يَؤول إلى فَساد الشَّرع، وتَسهيل السبيل للنَّاس إلى ارتكاب ما لا يجوز، وكان مع ذلك مُنافِرًا لِمَا هو أصل مذهبنا من سدِّ الذرائع-: **فُعِلَ ذلك حيثُ تكون له عِلَّةٌ تُحسِّنه وتُسوِّغُه، وتُرِكَ حيثُ لا وَجْهَ له ولا مُسوِّغَ**. والذي يُسوِّغُ ذلك

ويُحسِّنُ القولَ به: هو أنْ تكون المسألَةُ غيرَ مُنافِرَة لقَواعد الشَّرع مُنافَرَةً بَعيدةً، ولا مُناقِضةً لغَرض الشَّارع مُناقضَةً شَديدةً، بل تكون مُحتملة في معناها، مُتردِّدةً بين المنافَرَة والملاءمة. . .

فإذا كانت المسألَةُ ظاهِرَةَ المنع ابتداءً، شَديدَةَ التحريم لكثرة مُنافرتها لمقصد الشرع-: قَوِيَ القولُ بفَسْخها بعد الوُقوع، وإنْ كان في ذلك المشقَّةُ والحَرجُ، رَعيًا للمصلحة في حِفْظ نِظام الشَّريعة وسدًّا للذريعة.

وإنْ كانت المسألةُ في ابتدائها مُختلَفًا فيها، مُتردِّدةً بين المنع والجواز، لاحتِمال معناها الملاءمَةَ لغَرض الشَّارع والمُنافَرَة له معًا على حدٍّ واحد-: تَرجَّح القولُ بالإمضاء بعد الوُقوع وتُرِكَ الفَسخُ، لأنها إذا كانت في الابتداء قبل الوُقوع ضَعيفةَ المنع لأجل أنَّ الخلاف في جوازها، إذْ هي من المسائل المتردِّدة بين الملاءمة والمنافرة-: فلا شَكَّ أنها بعد الوُقوع أضعفُ في المنع، لأجْل ما في المنع بعد الوُقوع والنَّقْض لِمَا أُبْرِم من معنى الحَرَج والمشقَّة اللَّذين بُنِيَ الشَّرعُ على خِلافهما»[١]. فللَّه ما أحسنَ هذا التفقُّه!

وعلى هذا البيان، فإنَّ مراعاة الخلاف بعد الوقوع يكون منظورا فيه إلى ما ينتج من حَرَجٍ أو مَشقَّة أو ضرر من ترتيب مُقتَضى الدليل الأصلي، فإنْ كان الذي يَترتَّب عليه حرج أو مشقة أو ضَرَرٌ، من جنس ما جاء الشرع برفعه ودفعه -: يُنظَر حينها إلى قُوَّة المنع في الدَّليل الأصلي؛ فلا يَخْلو ذلك من أحد أمرين:

---

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٢/ ٢٠٣-٢٠٤.

الأوَّلُ: أنْ يكون المنعُ قوِيًّا والحرمة شديدةً، والمنافرة لمقاصد الشرع بينة. ففي هذه الحال لا يُترك مُقتَضى الدليل الأصليِّ، ولا يُنظَر إلى ذلك الحرج ولا إلى تلك المشقَّة، لمكان المعارضة المذكورة.

الثاني: أنْ يكون المنعُ غيرَ قويٍّ، ولا المنافرة لمقاصد الشرع بينة. وعادةً ما يكون الاختلافُ القويُّ المعتبَر من هذه الشاكلة، مِمَّا يجعل المسألةَ -بما هي مسألةٌ مختلف فيها اختلافا معتبرا- محتملةً للملاءمة لمَقاصد الشرع وعدم المنافرة لها. فيَنضَمُّ هذا إلى المشقَّة أو الحرج أو الضَّرر الناتج عن إجراء مقتضى الدليل الأصلي في فسخ العقد-مثلا-، فيتقوَّى حينها القولُ بعدم الفسخ بعد الوُقوع.

ومع هذا الذي قلتُه وقاله أهل المذهب في اعتبار الدليل دون الخلاف نفسه، في مراعاة الخلاف-: فإنَّ هنالك ارتباطا بين بعض الخلاف وبين قُوَّة الدليل. فكثيرًا ما يكون الخلافُ المشهور بين أهل العلم، مُؤسَّسًا على أدلة مُعتبرة في الجملة، لذلك مَنْ قال باعتبار الخلاف المشهور فهو ناظِرٌ إلى هذا الملحظ.

كذلك فإنَّ الخلاف يختلف من مسألةٍ إلى مسألةٍ من جِهات مختلفة، فهنالك خِلافٌ مأثورٌ من زمن الصحابة، واستمَرَّ الخلافُ فيه إلى عهد الأئمَّة المتبوعين، فهذا الخلافُ بغض النظر عن أدِلَّة كلِّ طرف، فإنَّ اعتبار مثله مما يحسن، إذ ما وقع الخلاف في عهد الصحابة وما استمر إلا لاحتمال المسألة في أدلتها. ولا أحسَبُ مذهب مالك إلا ملاحظا لهذا الأمر.

كذلك فإنه في الخروج من الخلاف يُراعَى قُوَّة دليل المخالف، قال ابنُ رشد: «...من مذهبه مُراعاة الخلاف، فكلَّما ضَعُف الاختلافُ في إجازته قَوِيَتْ فيه الكراهةُ...»[1]. ويعني هنا من مراعاة الخلاف الخروجَ منه.

● **تذييل:**

وقد قدَّمتُ في مرتكزات مُراعاة الخلاف، أنَّ المالكية يختلفون في درجة الأخذ بمَدْلول دليل المخالف، بيْن أخذٍ بكُلِّ مَدْلوله، وأخذٍ ببعض مَدْلوله؛ وهذا يختلف من مسألةٍ إلى مسألةٍ. لذلك وَجَب بَيانُ وَجْه إعماله.

والذي ظَهَر لي من صنيعهم: أنَّ الإعمال يكون بحَسَب درجة قُوَّة طَرَفَي الدَّليلين: الدليل الأصلي، ودليل المعارض؛ فكلَّما قوي الدليلُ الأصليُّ، فإنَّ قوته تُقلِّل من الأخذ بمُقتَضيات دليل المخالف. وبالعَكْس كلَّما كان دليلُ المخالف قويًّا معتبرًا، والخلافُ مَشْهورًا بين السَّلَف، فإنَّ إعمال مُقتَضيات دليل المخالف يكون أكثرَ، وربما بَلَغَ ذلك إلى الأخْذ بمَدْلول دَليل المخالف. وتلحظ أنَّ المالكية - كما سيأتي - في بعض الأنكحة التي أُعْمل فيها مراعاة الخلاف، فُسِخَت قبل الدُّخول، أما بعد الدخول فتمضي. ومن الأنكمة ما يُشتَرَطُ في عدم فسخها بعد الدُّخول أنْ تطول مُدّة النكاح وتلد الأولاد. لأنَّ هذه العوارض تُقوِّي دليل المخالف، وتُضعف من إعمال الدليل الأصليِّ في المسألة.

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٣/ ٣٦٧.

والحظ كلامَ الفقيه المالقي، فهو غايةٌ في بابه.

الأقْوال التي تُراعى لا يُقتَصَر فيها على أقوال المخالفين خارج المذهب، بل هي شاملة للأقوال داخِلَ المذهب:

والخلافُ الذي يُراعى لا يختصّ بالخلاف خارج المذهب، بل هو عامّ في كلّ خلاف داخل المذهب أو خارجه، ما دام تَجري عليه شروطُ الاعتبار؛ فما كان فيه الخلافُ قويّا اعتُبر، ولو داخل المذهب، وما كان الخلاف فيه ضعيفا شاذّا نُبِذَ ولم يُعتَبر ولو كان خارج المذهب.

قال الرصَّاع: «هل يُراعى الخلافُ مطلقا، كان مذهبيا أم لا؟ وهذا هو التَّحقيق»[١].

وسئل الشَّيخ عِليش عن قول المالكيَّة: العصمةُ المختلف فيها كالمتَّفق عليها في لحوق الطَّلاق؛ هل مرادُهم الخلاف في المذهب وخارجه، وهل يُشترط قوَّة الخلاف؟ فأجاب بقوله: «نعم، مُرادُهم الخلافُ في المذهب وخارجه، ويشترط قوة دليل المخالف»[٢].

وممَّن نصَّ على ذلك ابنُ ناجي في «شرح الرسالة»، حيثُ قَرَّر أنَّ مُراعاة الخلاف تعمُّ الخلافَ داخِلَ المذهب وخارجَه[٣].

● **الشَّرط الثَّاني: أن لا يؤدّي الأخذُ به إلى ترك المذهب بالكليَّة:**

وممَّا اشترطه بعض المالكيَّة في الأخذ بمراعاة الخلاف، أنْ لا

(١) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٣.

(٢) عليش، فتح العليّ ١/ ٦٠.

(٣) ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/ ٥٠. وانظر مثالا راعى فيه عيسى بنُ دينار خلافَ ابنِ نافع في بعض مسائل العتبيَّة. البيان والتحصيل ١٤/ ٥٣٩.

يَلزَم من القول به تركُ المذهب بالكليَّة؛ فإذا أدَّتْ مُراعاةُ الخِلاف إلى أنْ يُترك المذهَبُ في المسألة رأسًا، امتنع الأخذُ بهذا الأصل.

قال بعضُ القَرويِّين من المالكيَّة -وأقرَّه ابنُ عبد السَّلام وابن بَشير-: «وشرطُ مراعاة الخلاف عند القائل به، أنْ لا يترك المذهب بالكليَّة»[(١)].

ومثَّلوا لذلك بأنَّ من تزوَّج زواجًا مُختلَفًا فيه -ومذهبُ ابن القاسم فيه أنَّه فاسِدٌ- ثمَّ طلَّق فيه ثالثًا-: فابنُ القاسم يُلزِمُه الطَّلاقَ فلا يَتزوَّجُها إلا بعد زَوجٍ؛ وهذا مراعاة لخلاف مَنْ قال بصحة هذا النِّكاح. فلو أنَّه تزوَّجها قبل زَوْجٍ لم يُفسَخ نِكاحُه؛ لأنَّ التَّفريق حينئذٍ إنَّما هو لاعتِقاد فَساد نِكاحها، ونِكاحُها عنده صحيحٌ وعند المخالف فاسِدٌ.

ولا يُمكِنُ الإنسانَ تركُ مذهبه لمراعاة مذهب غيره؛ ذلك أنَّ مَنْعه من تزويجها أوَّلاً إنَّما كان لمراعاة الخلاف، وفَسخُ النِّكاح ثانيًا لو قيل به لكان للخِلاف أيضا، فلو رُوعِيَ الخلاف في الحالين لكان تركًا للمذهب بالكليَّة؛ وشَرْطُ مراعاة الخلاف عند القائل به أنْ لا يُترَك المذهب بالكليَّة[(٢)].

هذا، وقد أورَدَ مَن تناوَل بَحْثَ مراعاة الخلاف بعضَ الشّروط

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ١٢/٣٨، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٦.

(٢) البرزلي، نوازل الأحكام ١/١١٣، الونشريسي، المعيار المعرب ١٢/٣٨، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٥-٢٥٦، ميارة، الروض المبهج ٤٥٢، المقري، القواعد رقم٥٤١،

التي لا صِلَة لها بمُراعاة الخلاف بعد الوقوع؛ فبعضُها يَجْري على الخُروج من الخلاف، كاشتراط أنْ لا يُؤدّي الأخذُ بمراعاة الخلاف إلى صورة تُخالف الإجماع[١]؛ وبعضُها إنَّما تتعلَّق بمبحث التَّلفيق، كاشتراط أن يكون الجمع بين المذاهب مُمكِنا[٢]. فهذه شُروطٌ لا تتعلَّق ببحثي، فلذلك أهملتُها ولم أبحثها في هذا الموضع.

● **الشَّرطُ الثَّالث: قِيامُ مُقتَضي رَعْي الخلاف:**

من أهمِّ شَرائط التَّعويل على الخِلاف ومُراعاته والنظَر إليه واعتِباره-: تحقُّقُ المقتَضي له. أعْني أنَّ الخلاف رُوعِيَ بعد الوُقوع لِمَا نَشأ من بعض الأُمور التي أوجبت إعادة النَّظَر في المسألة، ولِمَا استجَدَّ من مُلابسات في المسألة الواقِعَة. وهذه المقتَضَيات مُتنوِّعة عند المالكيِّين. وسأتناولها بالبحث في المطلب الرَّديف لهذا المطلب.

اشتِراط قِيام الشُّبْهة: جَعَل الشيخ السنوسيُّ قِيامَ الشُّبهة من شُروط اعتبار مُراعاة الخلاف، لكنْ حَصَر اعتبارها في مُراعاة الخلاف قبل الوُقوع، أمَّا ما بَعْدَ الوُقوع فيكون رَعْيُ الخلاف فيه ناظِرًا إلى تضييق مجال المفاسِد والضَّرر[٣]. وفي هذا نَظَرٌ، لأنَّ

---

(١) محمد الأمين بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ٢٨٨، السنوسي، مراعاة الخلاف ٨١.

(٢) محمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيَّة ٢٤٧، محمد الأمين بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ٢٨٢، السنوسي، مراعاة الخلاف ٧٩.

(٣) السنوسي، اعتبار المآلات ٣٣٦.

بعض مَسائل مُراعاة الخلاف بعد الوقوع، عُمِلَ فيها ببعض مُقتَضى دليل المخالف لِمَا في المسألة من الشُّبْهة التي دَخَلَتْ بعد الخِلاف المعتبَر، فراعاه المالكية، ولحظوه في حُكْمهم الاجتِهاديِّ. وانظر ما سيأتي في مُقتضيات الأخذ بمراعاة الخلاف.

* * *

المطلب الرَّابع

المقتضيات المصلحيَّة الموجِبَة لمراعاة الخلاف

دَليلُ المخالف بعد الوُقوع صار عند مالِكٍ أقوى من دليله الذي قال به ابتداءً؛ فإنَّ الإمام مالكا رَحِمَهُ اللَّهُ إذا رَجَحَ عنده دليلُ المنع من الإقدام مثلا، أطلق المنع والتَّحريم ولم يُراع ما خالفه لمرجوحيَّته، وذلك قبل الوقوع، فإذا وقع الفعلُ الممنوع وأردنا أن نُرتِّب على المنع آثارَه، عارَضَنا بعضُ الأدلَّة التي لم تكُن موجودة في أصل المسألة قبل الوقوع؛ وغالبُ ما تكون القوَّة التي انضافت إلى دليل المخالف هو بعضُ المعاني المصلحيَّة؛ وفي هذا المطلب سأبحثُ بعض المقتضيات المصلحيَّة التي كانت ملحوظةً في مراعاة الخلاف عند المالكيَّة:

الفرع الأوَّل

مصلحة الإبراء من التَّكليف

من المقتضيات التي تكون سَبَبًا مُقويًا لدليل المخالف ومُوجِبًا للعدول عن أصل الدَّليل في المسألة قبل الوُقوع-: مصلحةُ الإبراء من التَّكليف وتغليبُها على شُغول الذِّمة به؛ فكثيرٌ من مسائل

العبادات التي وَقَعَ فيها خِلافٌ بين المذاهب الأخرى ومذهب مالك في عَدَم إجزائها، فإنَّ مذهب مالِكٍ فيها أنَّ وقوعَ العبادة على تلك الصِّفة يقَع صحيحًا ولا يُطالَبُ بالقضاء؛ تغليبًا لإبراء الذِّمة على شغلها.

ولا شكَّ في أنَّ مَصلحة الإبراء من التكليف تَحتَقِبُ **معنى رفع الحرج**، لِمَا في القول بتصحيح عِبادات الناس وإبراء ذِمَمهم من التكاليف، من رَفْعٍ لحرَجِ إعادة العِبادة.

قال المقَّريُّ: «...وأقول: إنَّه يُراعى المشهور، والصَّحيح: قبل الوقوع... توقّيا واحتِرازًا، كما في الماء المستعمل، وفي القَليل من النَّجاسة على رِواية المدنيِّين؛ وبَعدَه تبرّءا[1] وإنفاذًا، كأنَّه وَقَع عن قضاء أو فُتْيا، لا فيما يُفسخ من الأقضية، ولا يُتقلَّد من الخلاف، وقد تُستحبُّ الإعادةُ في الوقت ونحوها»[2].

فقد قرَّر المقريُّ أنَّ من البواعث على مراعاة الخلاف بعد الوقوع الإبراءَ من التَّكليف، وتغليبَه على جانب الشّغل.

ومن الأدلَّة التي دَلَّت على تغليب جانِب الإبراء والإجْزاء دليلُ المنع من إبْطال العَمَل؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] فإذا وقعت العبادة على الوَجْه غير الجائز وأرَدْنا أنْ

---

(١) المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٤، وميارة، الروض المبهج ٤٥٣، الونشريسي، المعيار ١٢/٣٨: تبريا.

(٢) المقري، القواعد رقم ١٢. ونقل ذلك الونشريسي في المعيار مبهما قائله، ١٢/ ٣٧-٣٨.

نُرتِّب على المنع آثارَه من عَدَم الإجزاء في تلك العبادة، عارضَنا دليلُ المنع من إبْطال العمل في العبادات، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣]، فمُقتضى دليل المسألة قبل الوُقوع عدمُ جواز النَّافلة بأربع، لكن لما عارضه دليلُ المنع من إبْطال العمل في العبادات، ترجَّح دليل المخالف؛ لأنَّ الترجيح يَقَعُ بأدنى مُحرِّك للظَّنّ[١].

وظاهِرٌ أنَّ الاعتماد على رَفْع الحرج في الإبراء من التكليف، هو في خُصوص باب العِبادات.

الفرع الثَّاني

تلافي الضَّرر

ومن الأسباب التي تكون موجِبةً للعدول عن الدَّليل الأصليّ إلى دليل المخالف-: الضَّررُ الحادِثُ عند البقاء على مُقتضى الدَّليل الأصليّ، بعد الوُقوع، فيلزم من نُشوء هذا الضَّرر أنْ يُعيد المجتهدُ النَّظرَ في أدلَّة المسألة لِمَا تجدَّد فيها من نُشوء الضَّرر؛ فاقتضى العَدْلُ أنْ لا تُعامَل هذه المسألة قبلَ الوُقوع مُعاملةَ ما بعد الوقوع.

قال الشَّاطبيّ مُقرِّرًا هذا الأصل: «مَن واقع منهيًا عنه فقد يكون

---

(١) وهذا مأخوذٌ من جَواب أبي عبد الله الفشتالي. الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٩٢.

فيما يترتَّبُ عليه من الأحكام زائدٌ على ما يَنبَغي بحكم التَّبعيَّة لا بحكم الأصالة، أو مُؤدٍّ إلى أمرٍ أشدَّ عليه من مُقتَضى النَّهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو نُجيز ما وقع من الفساد على وجهٍ يليق بالعدل؛ نَظَرًا إلى أنَّ ذلك الواقع واقَعَ المكلَّفُ فيه دليلاً على الجملة وإنْ كان مرجوحا، فهو راجحٌ بالنِّسبة إلى إبقاء الحالة على ما وَقَعَت عليه؛ لأنَّ ذلك أوْلى من إزالتها مع دخول ضَرَر على الفاعل أشدَّ من مقتضى النَّهي؛ فيرجع الأمرُ إلى أنَّ النَّهي كان دليلُه أقوى قبل الوُقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوُقوع لمَّا اقترن من القرائن المرجِّحة»[1].

ومن الأمثلة التي تُجلِّي بَراعَة المالكيَّة في إعمال النَّظر المصلحيِّ في مراعاة الخلاف، تقريرُهم لبعض الأنكحة المختلف فيها إذا عُثِرَ عليها بعد الدّخول؛ أمَّا لو وُقِفَ عليها قبل الدّخول لما أُقرَّت؛ لأنَّ عدم الإقرار بعد الدّخول والبناء يُنشِئ ضررا بالغا ممَّا يوجب أن يُنظَر إليه نَظرا مُغايرا ليُراعَى فيه هذا الضَّررُ الحادث، فقالت المالكيَّة بإقرار مثل هذه العقود بعد الدُّخول.

قال الشَّاطبيّ: «وإجْراؤهم النِّكاح الفاسد مُجْرى الصَّحيح في هذه الأحكام وفي حُرمة المصاهرة وغير ذلك، دليلٌ على الحكم بصحَّته على الجملة، وإلَّا كان في حكم الزِّنا؛ وليس في حكمه باتِّفاق، فالنِّكاحُ المختلف فيه قد يُراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عُثِرَ عليه بعد الدّخول؛ مُراعاةً لما يقترِنُ بالدُّخول من

---

(١) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ٢٠٣-٢٠٤.

الأمور التي ترجِّحُ جانبَ التَّصحيح. وهذا كلُّه نظرٌ إلى ما يؤول إليه ترتُّبُ الحكمِ بالنَّقض والإبطال، من إفضائه إلى مفسدة تُوازي مفسدةَ النَّهي أو تزيد»[١].

وفي سِياق هذا النَّمط المصلحيِّ نَرَى أنَّ المالكيَّة يُقرّون بعض الأنكحة بعد الدّخول إذا طال الزَّمان ووَلَدت المرأة الأولاد[٢]، فطولُ الزَّمان وولادةُ الأولاد كان الباعثَ لإقرار ذلك النَّوع من الأنكحة. والحقيقةُ أنَّ الباعِث كما هو لائحٌ للنَّاظر كونُ التَّفريق وعدم الإقرار بعد طول زمان النِّكاح وولادة الأولاد، ممَّا يَنبعث منه الضَّررُ البالغ الذي ليس بخاف ولا مختلف فيه، فاقتضى هذا الضَّررُ من المالكيَّة أن يُقرّوا هذا النوع من الأنكحة جريا على أصلهم العتيد في رعي المصلحة الشَّرعيَّة المعتبرة.

ومن المسائل التي يَتجلَّى فيها هذا الملحظُ مَسائلُ البيوع المختَلَف فيها التي ليست بالحرام البيِّن، ففي مذهب مالك رضي الله عنه أنَّها إذا فاتت فإنَّها تُقرُّ ولا تُفسخ[٣]. ويكون الفوت فيها بأحد أمورٍ هي: حوالة الأسواق في غير الرِّباع، وتَلَفُ عَيْن المبيع أو نُقصانها، وتَعلُّق حقِّ الغير به، وطولُ المدَّة من السِّنين نحو

---

(١) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ٢٠٤-٢٠٥.

(٢) كما في نكاح اليتيمة من غير تحقق الشروط المشترطة في ذلك: الدسوقي، الحاشية ٢/ ٢٢٤، عليش، منح الجليل ٣/ ٣٠١، وانظر الأنكحة التي تفوت بعد طول مدَّة الدُّخول وولادة الأولاد في: النَّظائر لأبي عمران الفاسي ٩٩.

(٣) المواق، التاج والإكليل ٦/ ٢٥٦، المواق، الخرشي، شرح مختصر خليل ٥/ ٨٦، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ٨٨، عليش، منح الجليل ٥/ ٦٦.

العشرين في الشَّجر[١].

والأصل في مذهب مالِكٍ أنَّ البيع الفاسِد لا يُفيد مِلْكًا؛ لكن هذا الأصل مُقيَّدٌ عند المالكيَّة بأنْ لا يجُرَّ إلى ضَرَرٍ، فإنْ جرَّ إلى ضَرَرٍ فإنَّ دليل الأصل المقتضي لعدم الملك قد عارضته قاعدةُ: «**لا ضَرَرَ ولا ضرار**»؛ فيُحمل البيعُ الفاسد على وَفق هذه القاعدة[٢]. وعليه، فإنَّ البيوع المختَلَف فيها بعد الفوات ممَّا يَتعلَّق بها الضَّررُ في حال عدم إقْرارها، فأخَذَ المالكيَّةُ بأصْل نفي الضَّرر، فأقرّوا على أساسه هذه العُقودَ.

(١) السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/ ٥١٤-٥١٧؛ القرافي، شرح تنقيح الفصول ١٧٥، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٧٨ الهامش.

(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ١/ ٨٩.

الفرع الثالث

الاحتياط

ومن المصالح التي يَلحظُها المجتهِدُ في مُراعاته للخِلاف: الاحتياط. ومن جملة الأمور التي يحتاط لها في مسائل رعي الخلاف: الفروج[١]، فحِفْظُها يَقتَضي أنْ لا تُعامَل الأنكحةُ المختلَفُ فيها مُعامَلةَ الأنكحةِ الباطلة التي هي في آثارها مثلُ الزِّنا في عَدَم ترتُّب آثارِ النِّكاح الصحيح عليها. فبمُقتضى الاحتياط للفُروج والصَّوْن لها، أُجرِيَت على النِّكاح الذي أُثِرَ فيه الخلافُ بعضُ الآثار التي تترتَّب على الأنكحة الصَّحيحة، بما يَكفل لها مُفارقةَ الأنكحة الباطلة باتِّفاق، ومُباينةَ السِّفاح.

وهذا ما قرَّره أبو عبد الله الفشتاليّ في جوابه عن إشكالات الشَّاطبيّ، حيثُ أبان أنَّ مُقتَضى الدَّليل الأصليّ أنْ لا يقع الطَّلاقُ ولا الميراثُ في نِكاح الشِّغار وغيرها ممَّا اختلفوا فيه من الأنكحة؛ لكن لمَّا عارضه دليلُ الاحتياط للفُروج في مسألة النِّكاح بعدَ الوُقوع، ترجَّح دليلُ المخالف؛ لأنَّ التَّرجيح يَقَعُ بأدنى محرِّك للظَّنّ[٢].

---

(١) انظر: عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٥٠، ٩.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٩٢.

والظَّاهرُ أنَّ المالكيَّة في عمليَّة رَعْيهم للخلاف يَصدُرون من أصلهم في الاحتياط ومُراعاة الشّبهة، فحيثُما كانت المسألةُ مِنْ شَأنِها أنْ يُحتاط لها ويُراعى فيها الشّبهة، فإنَّ المالكيَّة يجعلون الخلافَ المعتبر ممَّا شأنُه أنْ يكون مُثيرًا للشّبهة وقادِحًا لها من مَكامنها؛ وغالبا ما يكون اتِّقاءُ الشُّبهة بالاحتياط.

مثال ذلك: مسألةُ نكاح المريض مَرَضَ الموت، هو نِكاحٌ فاسِدٌ عند المالكيَّة؛ إلَّا أنَّهم لمّا علِموا بوُقوع الاختلاف فيه، رَتَّبوا عليه بعضَ آثار النِّكاح الصَّحيح لقِيام الشُّبهة[1]؛ قال ابنُ أبي زيد القيروانيُّ في مسألة طلاق المريض: «وأمَّا قولُه يُفسَخُ بطَلاقٍ، فإنَّما احتاطَ على الزَّوج الثَّاني إنْ تزوَّجَت غيره وعَلَيها، **لِمَا في نِكاح المريض من الاختِلاف؛ فجَعَلَ بذلك الاختلافِ شُبهةً أوْجَبَت الصَّداقَ بالمسيس، وألحق بها الولد، ثُمَّ احتاط بإيقاع الطَّلاق في فَسْخه**؛ إذْ لا ضَرَر يلحق الزوجين في ذلك، إلَّا ما فيه من الاحتياط، **لِمَا عَسَى أنْ يكون في الاختلاف في ذلك من الاحتِمال؛ وهذا شأنه** رَحِمَهُ اللَّهُ أنْ يَميل إلى الاحتياط الذي لا يُغيِّر شيئًا من الأحكام؛ وهذا من توقِّي الشُّبهات»[2].

وليس كلُّ مسألة رُوعي فيها الخلاف، هي مبنيةً على النظر للشُّبهة ورِعاية الاحتياط؛ فمسائلُ العِبادات التي بُنِيَتْ على مُراعاة

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٥/ ٩٠، الحطابن مواهب الجلبل ٣/ ٤٥٠،النفراوي، الفواكه الدواني ٢١٤.

(٢) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٨/ ب.

الخلاف بعد الوُقوع، لا يُنظَر فيها إلى رعاية الاحتياط، وقد تَقدَّم أنَّ غالب مَسائل العبادات مِمَّا في هذا الباب مبنيٌّ على رفع الحرج بإسقاط التكليف وعدم إلزامهم بالإعادة فيما تكون الإعادةُ فيه فَرْعًا لعدم الإجْزاء. ورَفْعُ الحَرَج فيما هذا سبيله يُخالف الاحتياطَ مخالفةً ظاهرة، لأنَّنا لوْ أعملنا أصلَ الاحتياط لما أسقطنا التكليفَ فيما اقتضاه الدليلُ الأصلي؛ فمثلا الماءُ القليلُ الذي وَقَعت في نجاسةٌ يسيرةٌ ولا تُغيِّر أحَدَ أوْصافه، مذهبُ بعض المالكية فيه أنه نَجِسٌ، ويُنتقَل فيه إلى التيمُّم؛ وكان مُقتَضى هذا أنَّ مَنْ توضَّأ به أعاد أبدًا في الوقت وخارجه؛ لكنهم راعَوْا الخلافَ فقالوا يُعيد في الوقت فقط على جِهَة الاستحباب. ولو أنَّا أجْرَيْنا الاحتياطَ لما سقطت الإعادة، فهو مُطالبٌ بالإعادة أبدًا؛ إذْ هكذا مُقتَضى الاحتياط.

وأصلُ الاحتِياط من الأُصول التي يُبْنى عليها مَسْلك **الخروج من الخلاف**، إذ انبناؤه في كثير من مسائله على أصل الورع الذي يربطه بالاحتياط سبب قوي.

وقِيامُ الشبهة تكون مِنْ جُملة مُقتضيات الأخْذ بمُراعاة الخلاف، لما في قِيامها من تلافيها بالاحتِياط. لذلك ما يُذْكر في الاحتياط جارٍ على قِيام الشُّبهة. وقيامُ الشبهة لا تَقتَصر على الخروج من الخلاف، بل هي تَتعدَّى ذلك لتشمَل بعضَ المسائل المندرجة ضِمْن مُراعاة الخلاف بمَفْهومه الخاصّ.

والشُّبْهةُ التي قد يُنظَر إليها في مُراعاة الخلاف بعد الوُقوع،

ناشئةٌ عن قُوَّة الخلاف التَّابع لقُوَّة الدليل في المسألة، وما لم يَكُن الدَّليل قويًّا، فلا مَحلَّ للشُّبْهة فيه. قال ابنُ أبي زيدٍ في بعض مَسائل مُراعاة الخلاف: «. . .لِمَا في نِكاح المريض من الاختِلاف؛ فجَعَلَ بذلك الاختِلافِ شُبهةً أوْجَبَتِ الصَّداقَ بالمسيس، وألحق بها الولد»[1].

* * *

(١) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٨/ب.



المبحث الثَّاني

أصلُ مراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ: أدلةُ الحجيَّة، والإشكالات الواردة عليه، ومجالُ إعماله، وعلاقته الأصول الاجتهاديَّة في المذهب

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ وهي:

المطلب الأوَّل: الأدلة الناهضة بحجية مُراعاة الخلاف.

المطلب الثَّاني: الإشكالات الواردة على مراعاة الخلاف.

المطلب الثَّالث: مجالُ إعمال أصل مُراعاة الخلاف.

المطلب الرَّابع: علاقةُ مراعاة الخلاف بالأصول الاجتهادية في المذهب.

تمهيد

إذا استبان مفهومُ مُراعاة الخلاف وشُروطُ الأخذ به، لزِمَ أنْ أعرِض لأدلَّة مراعاة الخلاف، والمُدرك الشَّرعيّ الذي يصدُر عنه؛ ثم أطرق بالبحث والبيان الإشكالاتِ التي بَنَى عليها المعترِضون اعتراضَهم على هذا الأصل؛ وبعدَه آتي على إبراز المجال الذي يكون فيه إعمالُ هذا الأصل، ثمَّ أُقفِّي ذلك ببحث مدَى الارتباط والعلاقة التي تحكُم هذا الأصل مع باقي الأصول الاجتهاديَّة في المذهب.

المطلب الأوَّل

الأدلة الناهضة بحجية مُراعاة الخلاف

● **أوَّلا: أدلة الاستحسان:**

مِمَّا يُمكِنُ أن يُستأنس به في هذا المقام أدلَّةُ الاستحسان؛ خاصّةً وأنَّ بعض أعلامِ المذهب المالكيِّ يجعلون مُراعاة الخلاف من قَبيل الاستحسانِ؛ وقد احتجّ القَبَّابُ في جوابه الثَّاني للشَّاطبيِّ على قُوَّة مُراعاة الخلاف بأدلَّة الاستحسان[١]. لكنْ سَبقَ أنْ تجلَّى مُفارقة مُراعاة الخِلاف للاستحسان في غير ما شيء؛ لكنَّ الأصلين يَصْدُران عن منطق اجتهاديّ مُشترك؛ وعليه فإنَّ أدلَّة الاستحسان ممَّا يُستأنس بها في هذا المقام. ومن خالف في الاستحسان وحجيته، فهو مخالف في مراعاة الخلاف، لذلك نجد القباب علق على إشكالات الشاطبي بقوله: «وكلُّها إيراداتٌ شديدةٌ صادرةٌ عن قَريحة قياسية مُنكِرة لطريقة الاستحسان»[٢].

وأدلَّةُ الاستحسان تدُلُّ على القدر المشترك بينه وبين مُراعاة الخلاف؛ وهو تركُ الدليل الأصليِّ في بعض مُقتضياته، لما عارضه من دَليل أقوى.

---

(١) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٨٠، الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٦٣.

(٢) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٨٠، الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٦٣.

ثانيا: أدلَّة التَّفريق ما بين ما قبل الوقوع وبين ما بعد الوقوع:

ممَّا يُحتج به لمذهب المالكيَّة في التَّعلُّق بأصل مُراعاة الخلاف، أنَّ التَّفريق بين ما قَبْل الوُقوع وما بعد الوُقوع في الآثار، ممَّا ثَبَتَ -في الجملة- في الشَّرع، وفي فَتاوى الصَّحابة رضي الله عنهم، الذين هُم أعلمُ الأُمَّة وأهداها سَبيلا:

فمن الشَّرع:

(١) حديثُ أبي هُريرةَ ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تُزوِّج المرأةُ المرأةَ، ولا تُزوِّج المرأةُ نفسَها؛ فإنَّ الزَّانية هي التي تُزوِّجُ نفسَها»[١].

---

(١) هذا الحديث مروي من طريق: محمد بن سيرين عن أبي هريرة. وقد اختُلِفَ فيه: بين رَفْعه، ووَقْفِه، ورَفْع بَعضِه ووَقْف بَعضه الآخر:
فرواه مرفوعًا كُلَّه: ابنُ ماجَه، كتاب النكاح، باب لا نِكاح إلا بوليّ (١٨٨٢)، والدَّارقطبي في «السُّنن»، كتاب النكاح، ٣/ ٢٢٧، والبيهقي في «السنن» (٧/ ١١٠/ ١٣٤١٢)، من طريق: جميل بن الحسن العتكي حدثنا محمَّد بن مَرْوان العقيلي حدثنا هشام بن حسَّان عن محمَّد بن سِيرين عن أبي هُريرَةَ، مرفوعا. ومحمد بن مروان ليس بالقوي.
وتابع محمدَ بنَ مروان في روايته عن هشام: مخلدُ بنُ الحسين، فقد روى الدَّارقطبي في «السُّنن»، كتاب النكاح، ٣/ ٢٢٨، والبيهقي في السنن (٧/ ١١٠): من طريق مسلم بن عبد الرحمن الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين، به. ومسلم بن عبد الرحمن الجرمي، هو ابن أبي مسلم، ذكره الحافظ في «اللسان»: «قال ابنُ حِبَّان في «الثقات»..رُبَّما أخطأ. وقال الأزدي: حدَّث بأحاديث لا يتابع عليها..وأوْرَدَ له البيهقي من وَجهين عنه عن مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة ﷺ مرفوعا: «لا يقل أحدكم زرعته، ولكن ليقل حرثته»، وقال: إنه غير قوي. قلتُ: وليس في إسناده مَنْ يُنظَرُ فيه غير مسلم هذا».
=

وحديث عائشةَ رضي الله عنها مرفوعا: «أيُّما امرأة نكحت بغير إذْن مَواليها فنكاحُها باطل -ثلاث مرَّات-، فإنْ دَخَلَ بها فالمهرُ لها بما أصاب منها»(١).

= ورواه موقوفا كله: البيهقيُّ في السنن (٧/ ١١٠/ ١٣٤١٣): من طريق: الأوزاعي عن ابن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه، به. والأوزاعي لم يَسمَعْ من ابن سيرين، وإنما دَخَلَ عليه في موته.

ورَواه كذلك ابنُ عيينة عن هشام عن ابن سيرين، كما أشار له البيهقي. وروى الدارقطني (٣/ ٢٢٧) من حديث النضر بن شميل أنا هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، والزانية هي التي تنكح نفسها بغير إذن وليها».

ورواه مرفوعا إلا الجملة الأخيرة، أي: «فإنَّ الزَّانية هي التي تُزوِّجُ نفسَها»-: البيهقي في السنن (٧/ ١١٠/ ١٣٤١١)، والدَّارقطني في «السُّنن»، كتاب النكاح، ٣/ ٢٢٧: من طريق عبد الرحمن بن محمد المحاربي ثنا عبد السلام بن حرب الملائي عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها»، قال أبو هريرة رضي الله عنه: «كنا نعد التي تنكح نفسها هي الزانية». وسنده صحيح.

قال البيهقيُّ «السنن» (٧/ ١١٠/ ١٣٤١٣)، مُعلِّقًا على رواية الأوْزاعِي: «هذا موقوفٌ. وكذلك قاله ابنُ عُيينة عن هشام بن حسَّان عن ابن سيرين. وعبدُ السَّلام بنُ حرب قد مَيَّزَ المسنَدَ من الموقوف؛ فيُشبِهُ أنْ يكون قد حَفِظَه، والله تعالى أعْلَم».

(١) الحديث بهذا اللفظ مروي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة. ورواه عن الزهري: سليمان بن موسى، وربيعة بن جعفر:

فرواه ابنُ جريج عن سُليمان بن مُوسى عن الزُّهري عن عروةَ عن عائشةَ، به، مرفوعا. أخرجه أبو داود في السنن، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم: ٢٠٨٣، والترمذي في الجامع، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم: ١١٠٢، وابن ماجه، كتاب النِّكاح، باب لا نكاح إلا بولي (١٨٧٩)، وأحمد في المسند (٢٣٠٧٤)، (٢٤١٦٢)، والدَّارمي (٢١٨٤)، وابن الجارود المنتقى (٧٠٠)، وابن حبان في صحيحه (٤٠٧٤)، =

فحَكَمَ أوَّلاً ببُطلان العَقْد وحُرمته، وأكدَّه بالتَّكرار ثلاثا،

= والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٢/ ٢٧٠٦)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين!».

لكن في رواية ابن عُلَيَّةَ عن ابن جُرَيْج (في المسند ٢٣٠٧٤): قال ابنُ جُرَيْج: فلقيتُ الزُّهْرِيَّ فسألتُه عن هذا الحديث، فلم يَعرِفْه، قال: وكان سُليمانُ بنُ موسى وكان! فأثْنَى عليه.

ولَمْ يَرتَض ابنُ مَعين وأحمدُ بنُ حنبل ما رَواه ابن عُلَيَّةَ عن ابن جُريج، قال ابنُ معين (الدوري: ٣٦١): «ليس يقول هذا إلا ابن علية، وابنُ علية عَرَض كتب ابن جريج على عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد فأصلحها له». ونقل الحاكم (المستدرك ٢/ ١٨٣، وعنه البيهقي في «السنن» ٧/ ١٠٥) بإسناده لأبي حاتم الرازي قال: قال أحمد بن حنبل: «ابنُ جُريج له كتبٌ مُدوَّنةٌ، وليس هذا فيها!»، يعني حكاية ابن عُليَّةَ. اهـ.

وعلى تسليم رواية ابن علية، فليست بضائرة، كما قال ابن حبان، والبيهقي، والحاكم، وابن الجوزي.

وقال في «التنقيح» مُتعقِّبًا تصحيحَ الحاكم: «وسليمان بن موسى ليس من رجال الصحيح، بل هو صدوق، وقال فيه النسائيُّ: ليس بالقوي في الحديث».

أمَّا رواية جعفر بن ربيعة عن الزهري: فأخرجها أبو داود، رقم: ٢٠٨٣، من طريق القَعْنبي عن ابن لهيعة عن جعفر، وأحمد ٢٣٢٣٦، عن حسن عن ابن لهيعة عن جعفر، والطَّحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٧) عن أسد عن ابن لهيعة عن جَعفر. [لكن وقع خلافٌ في رواية ابن لهيعة، فرَوَى الطَّحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٧): حدثنا رَبيع الجيزي قال حدثنا أبو الأسود قال أخبرنا ابن لهيعة عن عُبيد الله بن أبي جعفر عن ابن شِهاب، فذكر بإسناده مثله].

وقد صَحَّح ابنُ مَعين هذا الحديث من طَريق سُليمان بن مُوسى عن الزهري، قال (تاريخ الدوري ١٠٨٩): «ليس يصح في هذا شيء إلا حديث سليمان بن موسى...». أمَّا أحمد بن حنبل، فضعَّف في رواية حرب الكرماني كُلَّ ما رُوِيَ من مرفوع في هذا الباب، والغريبُ أنه ضعَّف حديث سليمان لقولة ابن جُريج السابقة! ولِمَا رُوي عن عائشة من مُخالفة لظاهِر الحديث! (انظُرْ مسائلَ أحمدَ بن حنبل وإسحاق بن راهويه، رواية حَرْب الكرماني، ص/ ٤٦٣-٤٦٤).

وسمَّاه زنا؛ وأقلُّ مُقتضياته عدمُ اعتبار هذا العقد جملة؛ لكنَّه ﷺ أردفه بما اقتضى اعتبارَه في بعض آثاره بعد وُقوعه، بقوله ﷺ: «ولها مهرُها بما أصاب منها»؛ ومَهْرُ البغِيِّ حرامٌ[(١)].

(٢) عن عائشةَ رضي الله عنها قالت: كان عُتبةُ بنُ أبي وقَّاصٍ عَهِدَ إلى أخيه سعدِ بنِ أبي وقَّاص أنَّ ابنَ وليدة زمعةَ منِّي فاقبضه، قالت: فلمَّا كان عامُ الفتح أَخَذَه سعدُ بنُ أبي وقَّاص، وقال: «ابنُ أخي قد عَهِدَ إليَّ فيه». فقام عبدُ بنُ زَمعَةَ فقال: «أخي، وابنُ وليدةِ أبي، وُلِدَ على فِراشِه». فتَساوَقَا إلى النَّبيِّ ﷺ، فقال سعدٌ: «يا رسولَ الله؛ ابنُ أخي، كان قد عَهِدَ إليَّ فيه». فقال عبدُ بنُ زمعة: «أخي، وابنُ وَليدةِ أبي، وُلِدَ على فِراشه». فقال رسولُ الله ﷺ: «هو لَكَ يا عبدُ بنَ زَمعةَ»، ثمَّ قال النَّبيُّ ﷺ: «الوَلَدُ للفراش، وللعاهِرِ الحَجَرُ»، ثمَّ قال لسودةَ بنتِ زَمعَةَ زوجِ النَّبيِّ ﷺ: «احتَجِبِي منه» **لِمَا رَأى مِنْ شَبَهِه بعُتبَةَ**[(٢)].

قال ابنُ عرفة: «وصحَّةُ الحديث ودلالتُه على ما قلناه واضحةٌ عندي، بعد تأمُّل ما قلناه، وفهْم ما قرَّرناه»[(٣)].

---

(١) قاله القبَّاب. الاعتصام ٣/ ٨٥-٨٨.

(٢) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، رقم: ٢١٥٧، ورواه من طريق مالك: البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، رقم: ٢٠٥٣.

(٣) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/ ٣٧٩، عليش، فتح العليّ ٢/ ٦١، الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/ ٤٥٥، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٩.

فالحكمُ الأصليُّ أن الولد ملحق بصاحب الفراش، لأنَّ الولد للفِراش. ومُقتضى هذا أنَّ آثار ثُبوت الانتساب تثبت كلُّها، كالمحْرميَّة وجَواز إظهار ما يَظْهَر من المحارم. إلَّا النَّبيَّ ﷺ لم يُجرِ على ابنِ وليدة زَمعةَ كلَّ آثار ثُبوت النَّسب، فقد أمَرَ سودةَ بنتَ زمعة - وهي أخته! - بالاحتِجاب منه؛ لما رأى من شَبهه بعتبة بن أبي وقاص[(١)].

فأُعْمل في الحديث مُقتضى الدَّليل الأصلي، فحُكِم بالولد لصاحب الفراش، دون إهمال لإعمال ما عارَضه من الشَّبَه الذي في الولد لمن ادَّعاه، فهذا الشبهُ أثار شُبهةً، لَزِمَ عليها أنْ يُعطى لها حكم الاحتياط، فأمر النبي ﷺ زَوْجَه سودةَ بالاحتجاب منه.

قال ابنُ العربي: «القضاءُ بالرَّاجِحُ لا يَقطَع حُكمَ المرجوح بالكليَّة؛ بل يَجِبُ العطفُ عليه بحسب مرتبته؛ لقوله عليه الصلاة والسَّلام: «الولد للفِراش، وللعاهِر الحَجَرُ؛ واحتَجِبي منه يا سَودةُ»»[(٢)].

وممَّا أُثر عن الصَّحابة رضي الله عنهم في المُغايرة في الحُكم بين ما قبل وُقوع الفعلِ وبينَ ما بعد الوُقوع:

مسألةُ المرأة يَتزوَّجُها رجلان، ولا يَعلم الآخِرُ منهما بتقدُّم

(١) على اختلاف طويل في معنى الحديث وتأويله. وهذا الذي ذكرنا تفسيره هو أقرب إلى تأويل الكوفيِّين. وقد مال بعضُ المالكية له، كما حكاه ابن عبد البر، لكنه لم يَرتَضه. انظر المنتقى للباجي ٦/ ٦-٩، والتمهيد لابن عبد البر ٨/ ١٨٠ وما بعدها، وعارضة الأحوذي لابن العربي ٥/ ١٠٣ . وما بعدها.

(٢) الونشريسي، المِعيارُ المُعرِب ١٢/ ٣٦ . وعنه: عليش، فتح العليّ ١/ ٨٢. وكأنَّ الذي عليه ابن العربي في العارضة وفي القبس لا يَتوافَقُ مع هذا القيل.

نِكاح غيره عليه إلَّا بعد البناء بها. فأفاتها عليه بذلك عُمَرُ ومُعاويةُ والحسنُ رضي الله عنهم، ونُسِب مثله أيضا لعلي رضي الله عنه[١].

ومثل ذلك ما قاله فقهاء الصَّحابة في مسألة امرأة المفقود[٢].

وقد تقدَّم بسطُ المسألتين في مبحث الاستحسان؛ فليُنظر ثَمَّ.

وقال القَبَّابُ بعد ذِكره لمُثل من فتاوي الصَّحابة رضي الله عنهم فرَّقوا فيها بين حالة ما قبل الوُقوع وما بعد الوقوع-: «ومثلُه في قضايا الصَّحابة كثيرٌ»[٣].

ثالثا: الأخذ بمُراعاة الخلاف أخذٌ بالدليل الراجح، والقولُ به لازِمٌ في الدِّين:

الأخْذُ برعي الخلاف ليس فيه اعتبارٌ لصورة الخلاف؛ وإنَّما تَرجع حقيقتُه إلى الأخذ بالدَّليل الرَّاجح في حال وقوع الفعل؛ والأخذُ بالرَّاجح واجبٌ بالإجماع من الأئمَّة المعتبرين[٤].

وقال ابن عرفة مبينا مُدركَ مراعاة الخلاف: «وأما دليله شرعًا، فمن وجهين: الأوَّل: وُجوبُ العَمَل بالراجح؛ وهو مقرَّر في الأصول...»[٥].

وعليه، فإنَّ الأدلَّة التي دلَّت على تقديم الرَّاجح على المرجوح

---

(١) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٨٠-٨٢.

(٢) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٨٢-٨٣.

(٣) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٨٥.

(٤) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله ٢/ ٩٠٣-٩٠٤، المقري، القواعد رقم ٤٣٤.

(٥) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/ ٣٧٩، عليش، فتح العليّ ٢/ ٦٠-٦١، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٩.

شاهدةٌ على اعتبار أصل مراعاة الخلاف؛ وكثيرٌ من الاعتراضات التي فَوَّقَ بها المنكرون لمراعاة الخلاف على القائلين به، كانت ترجع إلى اعتبار هذا الأصل رعيا للخلاف نفسه لا للدَّليل، وأنَّ فيه تركا للدَّليل الرَّاجح من غير مُوجب؛ وهذا ما لا يقول به المالكيَّة على التَّحقيق عندهم.

فالأخذ برعي الخلاف ليس من ترك الدليل الراجح إلى غيره؛ بل إن حقيقته أخْذٌ بالدَّليل الرَّاجح في المحلّ الذي رجح فيه؛ والتَّرجيح يختلف بحسب المحلِّ وما يَعْلَقُ به من مرجِّحات، فقد يُرجَّح في ظرف معيّن دَليلٌ، ويُرجَّح في ظرف آخرَ الدَّليلُ المقابل له، لا على أنَّه تركٌ للرَّاجح الأوَّل، وإنَّما هو تمسُّك بما احتفَّ بالدَّليل المقابل من أمارات ومرجِّحات جَعَلت هذا الدَّليل هو الرَّاجحَ في هذا الظَّرف؛ ففي الحقيقة هناك مسألتان لا مسألة واحدة: المسألة قبل الوقوع وفيها أدلّة؛ والمسألة بعد الوُقوع وهي مسألة تختلف عن المسألة الأولى؛ لذلك جُدِّد النَّظرُ فيها وفي أدلَّتها، فأُخِذَ بغير الدَّليل الذي أُخذ به في المسألة الأولى، لترجُّح الدَّليل المقابل على الدَّليل الذي اعتُمد في المسألة الأولى.

قال الشَّاطبيّ: «وقد سألتُ عنها (أي: عن مراعاة الخلاف) جماعة من الشّيوخ الذين أدركتُهم:

فمنهم: من تأوَّل العبارة ولم يحملها على ظاهرها، بل أنكر مُقتضاها بناءً على أنَّها لا أصل لها؛ وذلك بأن يكون دليلُ المسألة يقتضي المنعَ ابتداء ويكون هو الرَّاجح، ثمَّ بعد الوقوع يصير

الرَّاجح مرجوحا لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحانَ دليل المخالف، فيكون القولُ بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر، فالأوَّل فيما بعد الوقوع، والآخر فيما قبله، وهما مسألتان مختلفتان فليس جمعا بين متنافيين، ولا قولا بهما معا»[(١)].

وقال أبو عبد الله الفشتاليّ: «فالإمام مالك رَحِمَهُ اللَّهُ إذا ترجَّح عنده دليلُ المنع من الإقدام مثلا، أطلق المنع والتَّحريم ولم يراع ما خالفه لمرجوحيَّته، وهذا قبل الوقوع؛ فإذا وقع الفعل الممنوع وأردنا ترتيب آثار المنع من **عدم الإجزاء في العبادات**، **وعدم ترتب آثار العقود عليها في المعاملات**، وجدنا هناك أدلَّةً جديدة نَشَأت لم تكُن موجودة حال قبل الوُقوع...»[(٢)].

رابعا: تخريج مراعاة الخلاف على أصل اعتبار المآل:

ومن أدلَّة مُراعاة الخلاف أصلُ اعتبار المآل؛ فإنَّ هذا الأصل شاهدٌ لمراعاة الخلاف يُستأنس به، وقد فرَّع الشَّاطبيّ على أصل مراعاة المآل قواعدَ كان من جملتها قاعدةُ مراعاة الخلاف، قال الشَّاطبيّ: «ومنها (أي: ومما يبنى على اعتبار المآل) قاعدة مراعاة الخلاف»[(٣)].

وتقرير اعتبار المآل في مراعاة الخلاف يكون بما يلي:

---

(١) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ١٥١-١٥٢.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٩٢.

(٣) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ٢٠٢.

إنَّ وُقوع المنهيّ عنه أنتج حالَ وقوعه أثرا لم يكُن في الابتداء، وكان لهذا الأثر اعتبارٌ في تجديد النَّظر في المسألة بعد الوقوع؛ لوُجوب استئناف الاجتهاد في المسائل التي حصل في تشكيلها وما يحتفّ بها من قرائن وآثار ما تُغاير المسألة المجتهد فيها أوّلا؛ وإذا تغيرت المسألة وطبيعتها وَجَبَ أن يُجتَهَدَ فيها ويُنظَرَ في الأدلَّة نظرا مستأنفا.

وهذا الأثر في الجملة يكون ضررا حاصلا لمن واقع المنهيَّ عنه المختلفَ فيه؛ وهو أثر زائد على ما يجب بحكم الأصالة، فيكون ما آل إليه أمرُ مَن واقع المنهيَّ عنه المختلف فيه أشدّ عليه من مقتضى النَّهي؛ وعليه فإنَّ الجري على مقتضى العدل الذي هو من مباني التَّشريع يوجِبُ أن لا يُحكَم عليه بحكم الدَّليل قبل الوقوع؛ بل يكون هذا الضَّرر الذي لحق به سببا في تقوية الدَّليل الذي قال به المخالف في المسألة الأولى، فيُحكم له بحكم الدَّليل الذي رجح بعد وقوع الفعل[١].

والدَّليل على اعتبار الضَّرر بعد الوقوع وتأثيره في حكم المسألة-: جملةُ أحاديثَ شاهدة لهذا التَّأصيل:

الأوَّل: حديث عائشة رضي الله عنها في عزوفه ﷺ عن بناء الكعبة على قواعد إبراهيم[٢]، فترك النبي ﷺ إعادة بناء الكعبة لما توقعه من الضَّرر الذي يحصل عند وقوع البناء؛ فاعتبر مآل الوقوع وجعله

---

(١) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٤/ ٢٠٣-٢٠٤.

(٢) تقدّم تخريجه.

مُؤثِّرًا في تشكيل حكم المسألة؛ فلئن كان بِناءُ الكعبة من الأمور المطلوبة، إنَّ اعتبار مآل الوقوع ينشأ عنه دليلٌ يُحيل الحكم من الطلب إلى المنع[١].

الثاني: حديثُه ﷺ في تركه قتل المنافقين: «لا يَتحدَّث الناس أنَّ محمَّدًا يَقتُل أصحابَه»[٢]، فامتناعُ النَّبيّ ﷺ مِن قتل المنافقين كان لحظًا لمآل وقوع الفعل، وهو خشيةُ قَالَةِ الزّور في أنَّ محمَّدًا يقتل أصحابه؛ فترك النَّبيُّ ﷺ قتلَهم لمّا نتج في حال تَوقُّع الوقوع من الضَّرر الذي كان له قوَّةٌ في ترجيح الامتناع من الإقدام على قتل المنافقين[٣].

الثالث: وحديثُ البائل في المسجد وقوله ﷺ: «لا تزرموه»[٤]، فإنَّ النَّبيَّ ﷺ أمَرَ بتركه إلى أنْ يُتِمَّ بَوْلَه؛ لأنَّه لو قَطَع بولَه لكان فيه تَنْجيسُ ثيابه، فترجَّح جانبُ تركه على ما فعلَ من المنهيِّ عنه على قطعه بما يَدخُل عليه من الضَّرر[٥].

---

(١) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ٢٠٤.

(٢) تقدّم تخريجه.

(٣) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ٢٠٤.

(٤) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ٢٠٤. والحديث رواه البخاري في كتاب الأدب، باب الرفق في الأمر كله، رقم ٦٠٢٥، ومسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد. . ، رقم ٢٨٥.

(٥) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ٢٠٤.

المطلب الثَّاني

الإشكالاتُ الواردة على مراعاة الخلاف

بعدَ أنْ تقرَّرت مَدارِكُ المالكيَّة في حجيَّة مراعاة الخلاف، آتي على تناول الإشكالات والاعتراضاتِ التي أوردها بعضُ المالكيَّة على هذا الأصل. والإمامُ الذي اعتنى بهذه الإشكالات وحرَّر وجوهَها هو الإمام الشَّاطبيّ، فلقد كان من عنايته بها أنْ راسل بعض أئمة المغرب وإفريقية سائلا إيّاهم عن الكشف عمَّا استوقفه في هذا الأصل، قال الشَّاطبيّ في «الاعتصام»: «ولقد كتبتُ في مسألة مُراعاة الخلاف إلى بلاد المغرب وإلى بلاد إفريقية[1] لإشكالٍ عَرَضَ فيها من وَجْهَين»[2]. وتُسمَّى هذه الأسئلة بالأسئلة الغرناطية[3]، ولم تكُن مُتضمِّنة فقط لمسألة مراعاة الخلاف؛ بل فيها أسئلةٌ غيرُها.

والملحوظُ أنَّ الشَّاطبيَّ قد استقرَّ على دفع تلك الإشكالات وتقرير مراعاة الخلاف أصلا، بدليل أنَّه تناول مسألةَ مُراعاة

---

(١) قال الونشريسي: «وقد اعتمد هذه المسألة بالتَّحقيق، واعتنى بالسّؤال عنها الشيخ الإمام أبو إسحاقَ الشَّاطبيّ رحمه الله؛ فكتب فيها ابتداء ومراجعة لمن عاصره من علماء فاس وإفريقيَّة، بما ضمن البحث فيه كلَّ سديد من الرَّأي، وأصيل من النَّظر. فأجاب الإمام أبو عبد الله بن عرفة رحمه الله...وأجاب الفقيه أبو العبَّاس القبَّاب...». المعيار المعرب ٦/ ٣٨٧.

(٢) الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٧٨.

(٣) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٣.

الخلاف في كتاب «الموافقات» وأوْرَدَ أجوبةً سديدةً تدفع كلَّ تلك الإشكالات التي راسل بها مَنْ راسَلَ من أهل المغرب؛ وعدَّ مراعاة الخلاف في جملة القواعد التي تَنبني على اعتبار المآل.

والإشكالاتُ الوارِدةُ على مراعاة الخلاف إنَّما تجري على منطق مَنْ يُنزلُ الأدلَّة التَّجريديَّة على النَّوازل من غير اعتبار لخصوصيَّات التنزيل، وما ينشؤ عنه من آثار؛ أمَّا من كان مِنْ منهج اجتهاده لحظُ العوارض حال التَّطبيق، واعتبارُ المآلات، والنَّظرُ في نتائج الأفعال والتَّصرُّفات-: فإنَّ الإشكالاتِ الواردةَ على هذا الأصل تَهون. وإلى هذا أشار القبّابُ في جوابه للإمام الشَّاطبيّ، وتَبِعَه هو على ذلك، وجَعَل مُراعاةَ الخلاف مما تنبني على اعتبار المآل. كما أنَّ جَواب أبي عبد الله الفشتالي عن أصل الإشكال، ممَّا يَجْري على هذا التَّخريج؛ فالأصلُ أنْ يُتَّبع الدَّليل إلَّا إذا توارَد على بعض المحالِّ أدلّةٌ كليَّة خارجيةٌ تقتضي العُدولَ.

وبعدُ، فإنِّي سائقٌ في هذا الموضع الإشكالاتِ التي أُورِدت على مراعاة الخلاف، وأُردفُها بالأجوبة عنها:

- **الإشكالُ الأوَّل: الخلافُ ليس حجَّةً:**

من الاعتِراضات التي أُورِدَت على أصل رعي الخلاف، أنَّ الخلاف لا يكون حُجَّةً في الاستدلال؛ لأنَّ مَنْ راعى الخلاف إنَّما اعتبر الخلافَ حُجَّةً له فيما ذهب وتقلَّد من قول؛ والخلافُ لا يكون أبدًا حجَّة؛ وإلَّا لانحلَّت عُرَى الشَّرع كلِّه، قال أبو عمر بن عبد البر: «الاختلافُ ليس بحُجَّةٍ عند أحد عَلِمتُه من فقهاء الأمصار؛ إلَّا مَنْ لا

بَصَرَ له ولا معرفة عنده ولا حُجَّةَ في قوله»[١].

الجوابُ عن الإشكال الأول:

والجوابُ عن هذا السؤال سَهْلٌ ليس فيه عَناء؛ لأنَّ هذا الاعتراضَ إنَّما أُسِّس على تصوُّر أنَّه أخْذٌ بصورةِ الخلاف نفسِه. وهذا ليس من مذهب المالكيَّة على التَّحقيق، وإنَّما الذي يَعتبِرُه المالكيَّة -كما تقرَّر فيما سبق- هو الدَّليلُ الذي ترجَّح عند المجتهِد بعد وُقوع الفعل؛ وإذا استبان أنَّ الاعتراض مُرتكِزٌ على تصوُّر خطإ، فإنَّ ما انبنى عليه فهو على شاكلته ومن جنسه، قال الرَّصاع: «المُراعى في الحقيقة إنَّما هو الدَّليلُ لا قول القائل، كما حقَّقه الشَّيخ ابن عبد السَّلام في أوَّل شَرْحه، وكذلك غيرُه»[٢].

● **الإشْكال الثاني: مراعاة الخلاف تركٌ للدَّليل الرَّاجح إلى غيره من غير حُجَّة:**

ومن الاعتراضات التي تقلَّدها مَنْ ردَّ مُراعاة الخلاف من المالكيَّة، أنَّ في الأخذ بهذا الأصل تركًا للدَّليل الرَّاجح؛ وتركُ الرَّاجح إلى غيره من غير حجَّة باطل بالإجماع[٣]؛ فما أدَّى إليه

---

(١) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله ٢/ ١٧٩ [ط الريان، تحقيق: زمرلي]. عنه: الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ١٢/ ٣٥، عِليش، فتح العليّ ١/ ٨١.

(٢) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٣.

(٣) قال ابن رشد الجد: «...لا يجوز عند أحد من العلماء أن يقلد العالم العالم فيما يرى باجتهاده أنه خطأ، وإنَّما اختلفوا هل له أن يترك النظر في نازلة إذا وقعت ويقلد من قد نظر فيها واجتهد أم لا؟ ومذهب مالك الذي تدل عليه مسائله أن ذلك لا يجوز...» البيان والتحصيل ١٠/ ٣٧٣.

فهو باطل.

قال عياضٌ: «القولُ بمُراعاة الخلاف لا يَعْضدُه القياس[1]، وكيف يَتركُ العالمُ مذهبَه الصَّحيح عنده ويُفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه؟! هذا لا يسوغ له إلَّا عند عدم التَّرجيح وخوف فوات النَّازلة، فيسوغ له التَّقليد ويسقُط عنه التَّكليف في تلك الحادثة[2]»[3].

وقال الشَّاطبيُّ في إيراده للإشكال: «الدَّليل هو المتَّبع، بحيث ما صار يُصار إليه، ومتى ما ترجَّح للمجتهد أحدُ الدَّليلين على الآخر -ولو بأدنى وجوه التَّرجيح- وَجَبَ التَّعويل عليه وإلغاءُ ما سِواه، على ما هو مقرَّر في الأصول. فإذًا، رُجوعُه لقول الغير إعمالٌ لدليله المرجوح عنده، وإهمالٌ لدليله الرَّاجحِ عنده الواجب عليه اتِّباعُه؛ وذلك على خلاف القواعد!»[4].

الجوابُ عن الإشكال الثَّاني:

وهذا الإشْكالُ لا موقعَ له بعد أنْ بسطنا في مواضع ممَّا سبق حقيقةَ مراعاة الخلاف؛ لأنَّ هذا الاعتراض كان يصدُر عن تصوّر مُبهَم لهذا الأصل؛ إذْ حُسِبَ وظُنَّ أنَّ رَعْيَ الخلاف يكون فيه تركُ

---

(١) قال المنجور في شرح المنهج المنتخب: «لما فيها من عدم الجريان على مقتضى الدليل» ٢٥٩.

(٢) أي تكليف الاجتهاد.

(٣) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ١٢/ ٣٦، عليش، فتح العليّ ١/ ٨٢.

(٤) الونشريسي، المِعيارُ المُعرِب ٦/ ٣٦٧، الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/ ٧٨-٧٩، الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٨٧.

الدَّليل الرَّاجح وإهمالُه إلى غيره؛ وهذا لا يصحّ لأنَّ مراعاة الخلاف هو أخذٌ بالدَّليل الرَّاجح عَقِبَ الوُقوع، بعد أنْ كان مرجوحا قبل الوُقوع، وانقلابُ الرُّجحان كان بسبب ما ظاهَرَ الدَّليلَ المخالف من أدلَّة عَرَضت لم تكُن في المسألة قبل الوقوع. ومن هذا يستبينُ أنَّ أصل مراعاة الخلاف ليس فيه خلافٌ للقواعد في وُجوب الاستمساك بما رَجَح من الدَّليل والإعراض عمَّا شال في ميزان التَّرجيح؛ بل إنَّ مُراعاة الخلاف ما هو إلا تثبيتٌ لهذه القاعدة، وتأكيدٌ لها في أدقِّ معانيها.

قال ابن عرفة مُجيبًا عن هذا الاعتراض: «الجوابُ... أنَّه إعمالٌ لدليله من وَجْهٍ هو فيه أرْجَحُ، ولدليل غيره فيما هو فيه أرجحُ عنده... والعمل بالدَّليلين في كلِّ ما هو فيه أرجحُ ليس إعمالا لأحدهما، وتركًا للآخر، بل هو إعمالٌ لهما معا»[١].

وهذا ما قرَّره أبو عبد الله الفشتالي في جوابه للإمام الشَّاطبيّ حيث إنَّه فسَّر حقيقة مراعاة الخلاف: بأنَّ دليل المخالف بعد الوُقوع صار عند مالك رضي الله عنه أقوى من دليله الذي منع به الإقدام ابتداء بدليل مُقوٍّ خارجيّ[٢].

● **الإشكال الثالث: ما ضابط مراعاة الخلاف؟:**

إذا كان مُراعاةُ الخلاف أصلا في المذهب، فلِمَ لا يطَّرِدُ في

---

(١) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/٣٧٨-٣٧٩.، عليش، فتح العليّ ٢/٦١، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٩.

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/٣٩٢.

كلّ المسائل؟ فإنَّا نجد أنَّ المالكيَّة لا يَعتبِرون رعيَ الخلاف في كثيرٍ من المسائل؛ ويلزم من هذا أنْ يُبيَّن ما وَجْهُ الضَّابط الذي يَلمحُه المالكيَّةُ في الأخذ به وعدم الأخذ به[١].

الجواب عن الإشكال الثالث:

ضابطُ المراعاة للخلاف هو ظُهورُ القوَّة والرّجحان في الدَّليل الذي تمسَّك به المخالف، مع ما انضاف إليه من مُعضِّدَّات تقدَّم بَيانُها. فإنْ قَوِيَ دليلُه وترجَّح بعد الوُقوع على الدَّليل الأصليِّ للمجتهد أُخِذَ به، وإلَّا بقيَ على أصل دليله.

قال ابنُ عرفة: «الجواب... أنْ نقول هو حُجَّةٌ في موضع دون آخر؛ وضابطه رُجحانُ دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم مقول المخالف، كرُجحان دليل المخالف في ثبوت الإرث عند مالك على دليل ذلك في لازم مدلول دليله، وهو نفيُ الإرث، وثبوتُ الرُّجحان ونفيُه بحسب المجتهد في المسألة؛ فمن هنا كان رعيُ الخلاف في نازلة معمولاً به، وفي نازلة غيرُ معمول به»[٢].

---

(١) الونشريسي، المعيار المعرب ٦/ ٣٦٦-٣٦٧، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٧.

(٢) الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/ ٣٧٩؛ عليش، فتح العليّ ٢/ ٦٠، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٨.

المطلب الثَّالث

مَجالُ إعمال أصل مُراعاة الخلاف

أصلُ مُراعاةِ الخلاف معمولٌ به في المذهب المالكيِّ في غالب أبواب الفقه، فلستَ تجِدُ بابًا من أبواب الفقه إلَّا وقد جَرَى المالكيَّةُ في بعض مسائله على أصل مُراعاة الخلاف، فالعِبادات والأنكحة والمعاملات كلُّ هذه الأبواب ممَّا قد أعمل المالكيَّة فيها أصلَ مراعاة الخلاف واعتبروه؛ غيرَ أن الذي يُلحظ أنَّ الأسباب الموجِبة للأخذ بمراعاة الخلاف في كلٍّ من هذه الأبواب مُختلفة، وليستْ بالمتَّفقة؛ كما سَبَقَ الإلماعُ إليه في بحث المقتضيات المصلحيَّة للأخذ بمُراعاة الخلاف. فغالِبُ ما يكون المقتضي في العِبادات رفعَ الحرج في إسقاط التكليف. وفي المعاملات يكون رفع الضرر هو الملحوظ كثيرا. أمَّا في الأنكحة، فيعتبرون رفع الضرر، والاحتياط.

أمثلةٌ في العبادات والمعاملات في رَعْي الخلاف:

فمن مسائل مراعاة الخلاف في أبواب العبادات:

إذا دَخَلَ المصلِّي مع الإمام فى الرّكوع وكبَّر للرُّكوع ناسيًا تكبير الإحرام، فإنَّ حُكمه في مذهب مالك أنْ يَتمادى مع الإمام؛ مراعاةً لقول مَنْ قال من أهل العلم إنَّ تكبيرة الرُّكوع تُجْزئ عن تكبيرة

الإحرام[١].

ومن المسائل كذلك مسألة: قِيام المتنفِّل إلى ثالثةٍ وعَقَدَها، فإنَّ حُكْمَه في المذهب المالكيِّ أنْ يُضيف إلى الركعة الثَّالثة ركعةً رابعة؛ مُراعاةً لقول مَنْ يُجيز التَّنفُّلَ بأربع. والأصلُ أنَّ التَّنفل في المذهب لا يصحُّ إلَّا بالركعتين فتلك سُنَّةُ التنفُّل؛ لكن لمَّا أوقع المتنفِّلُ ثلاثَ ركعات عَدَلَ عن أصل المذهب وأَخَذَ بمذهب مَنْ قال من أهل العلم بجواز التَّنفُّل بالأربع؛ تصحيحًا للعبادات[٢].

ومن أمثلة ما وَقَع للمالكيَّة في الأنكحة: ما تقدَّم مِنْ أنَّ **كلَّ نكاح فاسد اختلف فيه** فإنَّه يثبُت به الميراث ويفتقر فى فسخه إلى الطَّلاق؛ رعيا لخلاف من خالف من أهل العلم[٣].

ومن مسائل المعاملات أنَّ بعض العقود المختلَف التي في فَسادها والتي ليست بالحرام البيِّن: لا يفسخها المالكيَّة مطلقا؛ وإنَّما يُمضونها بالثمن إذا فاتت، تلافيًا لمفسدة النَّكث والفسخ بعد الفَوات؛ رَعْيًا لمن لم يقل بفسادها من أهل العلم[٤]؛ وقد تقدَّم ذلك.

---

(١) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ١٥٠، ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/ ٧٣-٧٤، الحطاب، مواهب الجليل ٢/ ١٣٣.

(٢) الدردير، الشرح الكبير ١/ ٢٩٦، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ٣٤٠، الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ١٥٠.

(٣) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ١٥٠.

(٤) المواق، التاج والإكليل ٦/ ٢٥٦، الخرشي، شرح مختصر خليل ٥/ ٨٦، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ٨٨، عليش، منح الجليل ٥/ ٦٦، الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ١٥٠. أما المتفق على فسادها فيرد فات أو لم يفت.

المطلب الرَّابع

علاقةُ مراعاة الخلاف بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب

بعد عرض المباحث المتعلقة بمراعاة الخلاف، نأتي على بيان وجه العلاقة بين أصل مراعاة الخلاف وغيره من الأصول الاجتهاديَّة في مذهب مالك. وعليه، فإن البحث سيتناول علاقة هذا الأصل بـ: **المصالح، والاستحسان، وسد الذرائع**؛ وقد تقدَّم وجهُ العلاقة بين مراعاة الخلاف والاستحسان في مطلبٍ فائت، فلا عبرة بإعادته.

الفرع الأوَّل

المصلحة ومراعاة الخلاف

أصلُ مراعاة الخلاف من الأصول التي تُوثِّقُ أصل المصلحة في المذهب المالكيِّ؛ فإنَّ الأساس الذي قام عليه هذا الأصل يرجِعُ إلى تلمُّح المصالح واعتبارها، فالعُدول عن أصل الدَّليل الذي كان راجحا إلى مقتضى دليل المخالف بعد الوقوع في بعض الوجوه، إنَّما كان لما تلبَّست به المسألة بعد الوقوع من حدوث ضرر بالغ أو فوات مصلحة راجحة، فاستدعى نشوء الضَّرر أو فوات

المصلحة استئنافَ النَّظر في التَّرجيح بين الأدلة، وهذا الاستئنافُ نَتَجَ عنه ترجيحُ دليل المخالف في المسألة قبل الوقوع، لمَّا كان رفعُ الضَّرر وتحصيلُ الصَّلاح من الأصول القطعية الثَّابتة في الشَّرع، فتقوَّى دليلُ المخالف على دليل أصل المسألة قبل الوُقوع؛ إذْ لا يصحّ في المنطق التَّشريعي الإسلاميّ أن يُتمسَّك بالدَّليل في كلِّ حال حتَّى ولو أفضى هذا التَّمسك إلى مُفارقة العدل ومجانفة المصلحة، وهما الأساسان اللذان قام التشريع الإسلامي على اعتبارهما وبناء الأحكام عليهما[1]. وعليه، فإنَّ إعمالَ أصل مُراعاة الخلاف من مَظاهر معقوليَّة الاجتهاد التَّطبيقي لملاحظته مآلَ التَّنزيل، واعتباره لما تَنتُج عنه الأفعالُ من مصالحَ ومفاسدَ والموازنة بين ذلك.

وقد تَقدَّم في المطلب الذي عالجتُ فيه المقتضياتِ المصلحيةَ التي توجِبُ الأخْذَ بمُراعاة الخلاف -: بَسْطٌ لرَعْي جانب المصلحة في أصل مُراعاة الخلاف؛ فأغْنى ذلك عن إعادته في هذا الموضع.

(١) المصلحة والعدل هما المقصدان الجوهريَّان في التشريع الإسلاميّ؛ انظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ص/ ١٧٢ وما بعدها.

الفرع الثَّاني

مراعاة الخلاف وسدُّ الذرائع

إنَّ المقارنة بين أصل سد الذرائع وأصل مراعاة الخلاف تُفضي إلى أنَّ هذين الأصلين يَجْريان على وَفق منطق مُشترك؛ وإنْ كان بينهما فُروقٌ جوهريَّة سيأتي بيانها.

فالمنطقُ المشترك بين هذين الأصلين أنَّهما يقومان على أساس اعتبار المآل، فقد عدَّ الشَّاطبيُّ قاعدةَ سدِّ الذَّرائع وقاعدةَ مُراعاةِ الخلاف من القواعد التي انبنت على أصل اعتبار المآل؛ فالذَّرائعُ هي تذرُّعٌ بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعيَّة والمآل غير مشروع[1]، فمنع الفعل المتذرَّع به تنزيلا لحكم الذَّريعة منزلةَ حكم المتذرَّع إليه في المآل. كذلك فإنَّ مُراعاة الخلاف هو نَظَرٌ إلى ما يؤول إليه ترتُّبُ الحكم بالنَّقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة تُوازي مفسدةَ النَّهي أو تزيد[2].

أمَّا عن الفُروق بين هذين الأصلين فتتمثَّلُ فيما يلي:

أوَّلا: سدُّ الذَّرائع هو منعُ الجائز لإفضائه إلى الممنوع، فالحكم المتفصّي عنه يكون ممنوعا. أمَّا مراعاة الخلاف، فالغالبُ

---

(١) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ١٩٨.

(٢) الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/ ٢٠٥.

على عَكْس سدِّ الذَّرائع، إذْ فيها ترتيبُ آثار ما كان في الأصل ممنوعًا؛ فمُراعاةُ الخلاف يَتَعلَّق عُموما بالتَّجويز في مُقابل المنع أو الحكم بالإبراء والإمضاء فيما كان أصلُه ممنوعًا بحيث لا يترتَّب عليه إبراءٌ ولا إمضاء.

ثانيا: لا يُشتَرطُ في سدِّ الذَّرائع وُجودُ خِلافٍ في المسألة؛ وهذا على خلاف ما في أصل مراعاة الخلاف.

* * *



المبحث الثَّالث

الشَّواهِدُ التطبيقيةُ لمراعاة الخلاف في المذهَب المالكيّ

وسأتناول في هذا المبحث خمسَ مسائلَ جارية على أصل مراعاة الخلاف؛ وهي:

المسألة الأولى: الصَّلاة على جلود الميتة بعد الدَّبغ.

المسألة الثانية: من قام لثالثة في نافلة.

المسألة الثَّالثة: مَنْ نسي الصَّلاة بين كلّ سبوع من طوافه.

المسألة الرابعة: النكاح بغير ولي.

المسألة الخامسة: أقل الصداق.

المسألة الأولى

الصَّلاة على جُلود الميتة بعد الدَّبغ

جِلْدُ الميتة عند المالكيَّة نجِسٌ حتَّى بعد الدِّباغة[١]، قال ابنُ رشد: «أكثرُ أهل العلم يقولون إنَّ جِلْد الميتة يُطهِّره الدِّباغُ، فيُباع ويُصلَّى عليه، وهو قول ابن وهب... والمشهورُ المعلومُ من قول مالك: أنَّ جِلْدَ الميتة لا يُطهِّرُه الدِّباغُ، ولا يجوز بيعُه وإنْ دُبغَ، ولا يُصلَّى عليه»[٢].

فيُمنَع المصلِّي من الصَّلاة على جُلودها أو الصَّلاة بها؛ غيرَ أنَّه لو صلَّى بها أو عليها لم يُعِد إلَّا في الوقت استِحْبابا[٣].

وكان الأصلُ -طَرْدًا لمقتضى نَجاسة الجلد- أنْ تكون الصَّلاةُ باطلةً، فيُطالب المصلِّي بإعادة الصَّلاة أبدًا في الوقت وخارجه؛ إلَّا أنَّ المالكيَّةَ راعَتْ خِلافَ الجمهور من خارج المذهب ومِنْ داخله كابنِ وهب، في كون جُلود الميتة المدبوغة طاهرةً والصَّلاة عليها أو بها جائزة، فقالت المالكيَّة بعَدَم إعادة الصَّلاة بعد

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل ١/ ١٠١، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ٨٩، الباجي، المنتقى ٣/ ١٣٤-١٣٥.

(٢) المواق، التاج والإكليل ١/ ١٤٣.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل ١/ ١٠١.

الوقت، رَعْيًا لخلاف من خالف من أهل العلم، والخلافُ فيه قويٌّ جدًّا. وهذا لما في تَصْحيح الصلاة من رَفْع للحَرَج بإبراء الذِّمَّة من التكليف.

قال مالك: «لا يُعجِبُني أنْ يُصلّى على جلود الميتة، وإنْ دبغت. ومَنْ صلَّى عليها أعاد ما دام في الوقت»[1].

المسألة الثانية

مَنْ قام لثالثة في نافلة

مَذهبُ مالِكٍ أنَّ التَّنفُّل لا يَكون إلَّا بالرَّكعتين، فلا يَصحُّ التَّنفُّلُ بالأربع، ولا بما زاد على ذلك؛ هذا هو الحكمُ ابتِداءً[2].

لكنْ مَنْ قام في نَفْلٍ من اثنتين ساهِيًا وعَقَد ثالثتَه، فالمذهبُ أنَّه إنْ عَقَدَها سَهْوًا برَفْع رأسِه من رُكوعها، كَمَّلَ أربعًا وُجوبًا؛ وهذا مُراعاةً لخلاف مَنْ خالف مِنْ أهل العلم في أنَّ التَّنفُّل يَقَع بالأربع[3].

أمَّا مَنْ قام إلى خامسة عَقَدَها أم لا، فعليه أنْ يَرجِعَ إلى الجلوس مُطلقا؛ فإنْ لم يَرجِع، بَطَلَت صلاتُه. فلم يُراع المالكيَّةُ

---

(١) المدونة ١/ ١٨٣.

(٢) الدردير، الشرح الكبير ١/ ٢٩٦-٢٩٧.

(٣) الدردير، الشرح الكبير ١/ ٢٩٦، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ٣٤٠.

قولَ مَنْ قال من أهل العلم بجواز التَّنفُّل بما زاد على الأربع[١].

ووَجْهُ الفَرْق بين القيام إلى الثَّالثة، وبين القيام إلى الخامسة: أنَّ شَرْط إعمال مُراعاة الخلاف أنْ يكون قَويَّ المُدْرَك، فلا يَكون شاذًّا ولا ضعيفًا، والقولُ بجواز التَّنفُّل بأكثر من أربعٍ قولٌ ضعيفُ المُدْرَك عند المالكيَّة، بخلاف التَّنفُّل بالأربع؛ قال الدَّردير مُوَجِّها الفرق بين المسألتين: «..بِناءً على أنَّه لا يُراعَى من **الخلاف إلَّا ما قَوِيَ واشتَهَرَ عند الجمهور**، والخلافُ في الأربع قَوِيَ بخلافه في غيره»[٢].

المسألة الثَّالثة

مَنْ نسي الصَّلاة بين كلّ سبوع من طوافه

يُوجِبُ المالكيَّةُ على مَنْ طاف سُبوعًا في الحجِّ، أنْ يُصلِّيَ ركعتين؛ فإنْ هو شَرَعَ في السُّبوع الثَّاني مِنْ غير أنْ يَركع الرَّكعتين، عليه قطع هذا الطَّواف لصلاة الرَّكعتين؛ أمَّا إنْ هو أتمَّ السُّبوع الثَّاني، فإنَّه يَعتدّ بهذا السّبوع ولا يُعيده، مُراعاةً لخلاف بعض أهل العلم، ثمَّ يُصلِّي لكلِّ سُبوع ركعتين[٣].

قال سُحنون: «قلتُ لابن القاسم: أرأيتَ رجلا طاف سُبوعًا

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ١/ ٢٩٧، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/ ٣٤٠.

(٢) الدردير، الشرح الكبير ١/ ٢٩٧.

(٣) النفراوي، الفواكه الدواني ١/ ٣٥٩.

فلم يركَع الرَّكعتين حتَّى دَخَل في سبوع آخر؟ قال: قال مالِكٌ: يقطع الطَّوافَ الثَّاني ويُصلّي الرَّكعتين. قلتُ: فإنْ هو لم يُصلِّ الرَّكعتين حتَّى طاف بالبيت سبوعا تامًّا من بعد سبوعه الأوَّل، أَيُصلِّي لكلِّ سبوع ركعتين؟ قال: نعم، يُصلِّي ركعتين لكلِّ سُبوع ركعتين؛ **لأنه أمرٌ قد اختُلِفَ فيه**»[١].

المسألة الرابعة

النكاح بغير ولي

المعلومُ في مذهب المالكيَّة أنَّ النِّكاح دون وليٍّ نكاحٌ فاسِدٌ، بحيث يُفسَخُ قبل الدُّخول وبعده[٢]. والاقتضاءُ الأصليُّ للفسخ والبُطلان: هو عَدَمُ ترتُّبِ آثاره عليه من ميراث ونَشْرٍ للمحرميَّة، وأنَّ الفَسْخَ لا يكون بطَلاقٍ. ومعنى وُقوعِ المحرميَّة به: أنَّ المرأة التي بَنَى بها في النِّكاح الفاسد تحرم عليه أمُّها وابنتُها، وتحرم هي على آبائه وأبنائه، كتحريم النِّكاح الصَّحيح لا أنَّها تحرُم عليه[٣]. ومُقتَضى هذا: أنَّ مَنْ نَكَح امرأةً من غير وليٍّ، لم تكن أُمُّها ولا ابنتُها حَرامًا عليه.

---

(١) سحنون، المدونة ١/ ٤٢٦.

(٢) أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ٢/ ٥٥.

(٣) أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ٢/ ٥٥.

غيرَ أنَّ المالكيَّة راعَوْا خِلافَ أهل العراق في المسألة فقالوا: إنَّ هذا العَقْدَ على فساده تثبُت آثارُه من ميراث ونَشْرٍ للمحرميَّة، والفسخُ يكون بطَلاقٍ(١)؛ مُراعاةً لمذهب أهل العراق في اعتبار هذا النِّكاح صَحيحًا لا إشكال فيه.

وفي مذهب المالكيَّة قولٌ مَصْلحيٌّ مَفاده: أنَّ الدُّخول إذا طالَ زَمنُه ووُلِدَ لهما، فإنَّهما يُقَرَّان على زواجهما؛ نَظَرًا للضَّرَر النَّاشئ بعد الوُقوع، لِمَا يَترتَّب على هذا النِّكاح من وُلْدٍ وطُول عشرة.

قال القاضي إسماعيلُ بنُ إسحاق: «فإنْ نَكَحَت المرأةُ بغير وَليٍّ، فُسِخَ النِّكاحُ. فإنْ دَخَلَ وفات الأمرُ بالدُّخول وطول الزَّمن والولادة، لم يُفسَخ؛ **لأنَّه لا يُفسَخُ من الأحْكام إلَّا الحرامُ البيِّنُ أو يكون خطأً لا شكَّ فيه؛ فأمَّا ما يجتهد فيه الرَّأي وفيه الاختلافُ، فلا يُفسخ**. . .»، وقال: «ويُشبِهُ على مذهب مالِكٍ أنْ يكون الدُّخولُ فوتًا وإنْ لم يَتطاوَل؛ ولكنَّه احتاطَ في ذلك». قال: «والذي يُشبِهُ عندي على مذهب مالك في المرأة إذا تزوَّجت بغير وليٍّ ثمَّ مات أحدُهما، أنَّهما يتوارَثان. . . وقد ذَكَرَ ابنُ القاسِم عن مالِكٍ أنَّه كان يَرَى بينهما الميراث»(٢).

ومذهبُ أهل العراق له قوَّةٌ، بحيثُ تُعدُّ مسألة النِّكاح دون وليٍّ من المسائل الشَّهيرة في فقه الخلاف، والتي نافَحَ عنها الحنفيَّة

---

(١) أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ٢/ ٥٥.

(٢) ابن عبد البر، الاستذكار ٥/ ٣٩٥، وانظر عند القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٧٦، شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية ٤٤٧.

المنافحة القويَّة؛ لذلك نَرَى كيفَ أنَّ المالكيَّة راعَوْا خِلافَهم.

المسألة الخامسة

أقل الصداق

من الشُّروط المعتبرة في النِّكاح الصَّداقُ، وقد حَدَّه المالكيَّة بأنْ يكون رُبْعَ دينارٍ أو ثلاثةَ دَراهِمَ[1]، قال مالك في «الموطأ»: «لا أرى أنْ تُنكَحَ المرأةُ بأقلَّ من ربع دينار»[2].

أمَّا مَنْ تزوَّج بأقلَّ مِنْ رُبع دينار أو أقلَّ مِنْ ثلاثة دراهمَ، فإنَّ المالكيَّة قالوا بفَسْخ هذا النِّكاح قبل الدُّخول إنْ لم يَرْضَ الزَّوجُ بإتمام الصَّداق، ويكون الفسخُ بالطَّلاق. أمَّا بعد الدُّخول، فقالت المالكيَّة بأنَّ العقد يَثبُت ولا يُفسَخُ، ويُجبَرُ الزَّوجُ على إتمام الصَّداق؛ وهذا لأنَّهم رَاعَوْا خلافَ مَنْ خالف من أهل العلم في عَدَم حَدِّ الصَّداق بما حَدُّوه به[3]. ووَجْهُ الفَرْق بين الدُّخول وبين عَدَمِه، أنَّ الضَّرَر الحادِثَ بالدُّخول يُستند إليه في تصحيح هذا العقد المختلف فيه.

قال سحنون لابن القاسم: «أرأيت إن تزوجها على عرض قيمته

(١) المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٨٦-١٨٧، الحطاب، مواهب الجليل ٣/ ٥٠٨، الباجي، المنتقى ٣/ ٢٨٩.

(٢) مالك، الموطأ ٢/ ٥٢٧.

(٣) الدردير، الشرح الكبير ١/ ٢٩٧، المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٨٦-١٨٧، الحطاب، مواهب الجليل ٣/ ٥٠٨.

أقل من ثلاثة دراهم أو على درهمين؟ فقال: أرى النِّكاح جائزا ويبلُغ به ربع دينار إنْ رَضِيَ بذلك الزَّوج، وإنْ أبى فُسِخَ النِّكاحُ إنْ لم يكُن دَخَل بها؛ وإنْ دَخَلَ بها أكْمَلَ لها رُبعَ دينارٍ؛ وليس هذا النِّكاحُ عندي من نكاح التفويض.

قُلت: لم أجزته؟

قال: **لاختِلاف النَّاس في هذا الصَّداق؛ لأنَّ منهم مَنْ قال ذلك الصَّداقُ جائزٌ، ومنهم مَنْ قال لا يجوز...**»[1].



(١) سحنون، المدونة ٢/ ١٥٢.

الفَصْلُ الخَامِسُ

الاستصحابُ في المذهب المالكيّ

وفي هذا الفصل ثلاثةُ مطالِبَ؛ وهي:

- **المبحث الأول**: الاستصحاب: مفهومه، وأنواعه.
- **المبحث الثاني**: الاستصحاب في المذهب المالكي: حجيته، وأدلة اعتباره، وصلته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب.
- **المبحث الثالث**: الشَّواهد التطبيقية للاستصحاب في المذهب المالكيّ.



المبحث الأول

الاستصحاب: مفهومه، وأنواعه

وفي هذا المبحث مطلبان؛ وهما:

المطلب الأول: الاستصحاب: تعريفه، ومفهومه.

المطلب الثاني: الاستصحاب: أنواعه، وأقسامه.

المطلب الأول

الاستصحاب: تعريفه، ومفهومه

الفرع الأول

تعريف الاستصحاب لغة:

الاستصحاب استفعال من صَحِبَ، فهو طلب للصُّحبة ودعوةٌ إليها، يُقال: اسْتَصْحَبَ الرجُلَ: دَعاه إلى الصُّحْبة، ولازَمَه. وكلّ ما لازم شيئًا فقد استصحبَه، قال شاعرُهم:

إنّ لك الفَضْلَ على صُحْبَتي والمِسْكُ قدْ يَسْتَصْحِبُ الرّامِك

وأَصْحَبْتُه الشَّيءَ: جعلته له صاحبًا، واستصحبتُه الكتاب وغيره[1].

فالاستصحابُ يَحمِلُ معنى الملازمة والمصاحبة، وكذلك الاستصحابُ في معناه الاصطلاحيّ هو مُلازَمَةٌ للحكم الماضي في الحاضر، وعدمُ مُفارقته إلى غيره.

---

(١) الزبيدي، تاج العروس ٣/ ١٨٦.

الفرع الثَّاني

تعريف الاستصحاب اصطلاحا

قال القَرافيُّ في تعريف الاستصحاب: «الاستصحاب معناه: **اعتقاد كون الشَّيء في الماضي أو الحاضر يوجِبُ ظنَّ ثبوته في الحال أو الاستقبال**»[(١)].

فمعنى الاستصحاب أنْ يُعتَقَد أنَّ الشَّيء في الماضي إذا كان ثابتا أو معدوما، فهو كذلك في الحاضر على الهيئة التي كان عليها في الماضي. والشَّأنُ نفسه في الشَّيء الثَّابت في الحاضر، فإنَّه يُعتَقَد على سبيل الظنِّ أنَّه غيرُ زائل في المستقبل، إلَّا إذا وُقِفَ على دليل يرجِع به إلى غيره.

وتعريفُ القَرافيّ شمل السَّلب والإيجاب، أعني أنَّ الشَّيء المستصحب قد يكون إثباتا لشيء، كما قد يكون نفيا لشيء.

والذي يَدُلُّ عليه تعريف القَرافيِّ أنَّ مرتبة العلم باستصحاب المستصحب هي الظَّنُّ؛ فالاستصحابُ لا يُفيدُ قطعا في بقاء الشَّيء المستصحب، وإنَّما يُفيد ظنّا لذلك، لاحتمال وُرود ما يُخرِجُ الشَّيءَ عن الحال السَّابقة إلى غيرها؛ وما دام الاحتمالُ قائما فالقطعُ مرفوع.

(١) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٧.

وقد يُعتَرَضُ على هذا التَّعريف بأنَّ الأصل في الاستصحاب أنْ يكون استصحابًا للحُكْم الشَّرعيِّ لا لمطلق الشَّيء، كما يُعطيه تعريفُ القَرافي. ويُجاب عن هذا الاعتراض: بأنَّ من أهمِّ أنواع الاستصحاب البراءةُ الأصليَّة أو ما يُسمَّى كذلك بالعدم الأصليّ، والحكمُ المستفاد من هذا العَدَم ليس ممَّا يُخلَع عليه لقبُ الحكم الشَّرعيّ؛ لأنَّ ثبوته لم يكُن بالخطاب الشَّرعيّ، وإنَّما استُفيد بحكم العقل، فلا يكون بذلك حكما شرعيًا.

ولنْ أُطيل في عرض تعريفات المالكيَّة للاستصحاب؛ إذْ هُم متَّفقون على حقيقته، فكان استجلابُ تعريفاتهم وشرحُها والاعتراضُ عليها ممَّا لا كبيرَ فائدة ترجِعُ على البحث.

ومعلومٌ أنَّ أصل الاستصحاب هو آخرُ مدار الفتوى[(١)]، فليس يُلجَأ إلى هذا الأصل إلَّا بعدَ استفراغ الوُسع من المجتهد، بأنْ لا يجد دليلا في المسألة المجتهَد فيها، فيأوي حينها إلى أصل الاستصحاب إبقاءً للحال في الحاضر أو المستقبل على ما كانت عليه قبل ذلك؛ لعدم وِجدانِه للدَّليل المغيِّر.

ونُزوعُ النَّفس الإنسانيَّة إلى هذا الأصل فِطريٌّ ليس يَدفعه أحدٌ؛ لأنَّ الإنسان يجد في نفسه أنَّه إذا علم وجودَ الشَّيء في الماضي، فإنَّ ظنَّه ينصرِفُ إلى إبقاء حالة الوُجود مستمرَّةً في الحاضر والمستقبل لِمَا لم يكُن ثمة مِنْ مُعارِض يَقطَعُ هذا الظَّنَّ

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٤، الجويني، البرهان فقرة: ١١٥٨، المشاط، الجواهر الثمينة ص/ ٢٢٩.

ويرفعُه. وكذلك الأمرُ في حال علمه بانتفاء الشَّيء في الماضي، فإنَّ الظَّنَّ يتَّجِهُ إلى عدم ذلك الشَّيء في حاضره ومستقبله؛ لعدم وِجدان ما يُعارض هذا الظَّنَّ. ثمَّ إنَّ الإنسان يَبني على هذا الظَّنّ المؤسَّس على إبقاء الحال الماضية، أعمالا لم يكُن ليقوم بها لولا ظنُّه باستصحاب الحال الماضيَّة[1].

---

(١) الآمدي، الإحكام ٤/١٣٣-١٣٤، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/٤٣.

المطلب الثاني

الاستصحاب: أنواعه وأقسامه

وللاستصحاب أنواعٌ متعدِّدةٌ تدخُل في حقيقته، وبعضُ هذه الأنواع ممَّا وَقَع الإجماع والاتِّفاق على الأخذ بها، ومنها ما تعلَّق بها الخلاف، واعتوَرَتْهُ أنظارُ المجتهدين قَبولا وردّا؛ وسأتناول في هذا المقام أنواعَ الاستصحاب مُبيِّنا حقيقة كلِّ نوع، وممثِّلاً له، وشافِعا ذلك بمذاهبِ أهل العلم في كلِّ نوع:

• النَّوع الأوَّل: استصحاب العدم الأصليّ

استصحاب البراءة الأصليَّة أو ما يُعرَفُ بالعدم الأصليِّ هو: استصحاب انتفاء الأحكام السَّمعيَّة حتَّى يرِدَ الدَّليل النَّاقل[1].

فمضمون البراءة الأصليَّة استمساكٌ ببراءة الذِّمَّة من التَّكاليف وانتفاء الأحكام الشَّرعيَّة التي تُثبِتُ شغل الذِّمة بها.

مثال ذلك: عدم وجوب صوم رَجَب؛ لانتفاء الدَّليل السَّمعيِّ الصَّحيح المقتضي للوجوب والإلزام بهذا التَّكليف؛ فنَفينا وجوبَ هذا الصَّوم أخذا بأصل البراءة الأصليَّة المقتضية لارتفاع التَّكليف

(١) الباجي، الإشارة ٣٢٣، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٢٥-٤٢٦، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٤، المشاط، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ٢٢٩.

وعدمه[١].

ومثاله كذلك: قولُ المالكيَّة بعدم وجوب صلاة الوِتر؛ لأنَّ الأصل براءةُ الذِّمَّة، وطريقُ الوجوب الشَّرعُ، وقد طُلِبَ في الشَّرع فلم يوجد مُوجِبٌ، ولو كان لوُجِد مع كثرة البحث والنَّظر، فبَقِينا على حكم الأصل في براءة الذِّمَّة من التَّكاليف[٢].

قال الباجيُّ: «وطريق الوجوب الشَّرع، وبه علمنا أنَّه لا يجب على المسلمين صلاةٌ سادِسةٌ، ولا زكاةٌ غير الزَّكاة المعهودة، ولا صومٌ غير رمضان»[٣].

ومن الاستدلال بعَدَم الدَّليل في الشَّيء على نفيه: استدلالُ بعضهم على نفي الزَّكاة في الخضراوات بأنَّه لو كانت الزَّكاة واجبةً في الخضروات، لكان عليها دليلٌ، ولو كان عليها دليلٌ، لعرفناه مع البحث؛ فلمَّا لم يُعرف دَلَّ على أنَّه لا دليلَ فيه، فوَجَب أنْ لا يجب؛ قال الباجيّ: «وهذا إنَّما هو استدلال باستصحاب الحال في براءة الذِّمَّة»[٤].

قال الباجي: «وهذا دليلٌ صحيحٌ، قد قال به جمهور الفقهاء»[٥].

قال أبو الطَّيِّب: «وهذا حجَّة بالإجماع؛ أي من القائلين بأنَّه

---

(١) العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٤-١٦٥، المشاط، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ٢٢٩.

(٢) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦، الإشارة ٣٢٣.

(٣) الباجي، إحكام الفصول: فقرة ٧٥٦، الإشارة ٣٢٣.

(٤) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة٦١.

(٥) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٧.

لا حكم قبل الشَّرع»[١].

● **النَّوع الثَّاني: استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثُبوته لوُجود سببه:**

استصحابُ ما دلَّ الشَّرعُ على ثُبوته، كالملك عند جَريان القول المقتضي له، وشغل الذِّمَّة عند جَرَيان مايُثبت شغلها من إتلاف أو التزام، ودَوامُ حلِّ النِّكاح في المنكوحة بعد تَقرُّر النِّكاح وثبوت العصمة فيه؛ فالأصلُ أنْ يُحكَم باستمرار الملك حتَّى تقوم البيِّنة على انتفائه، ويُقضى ببقاء العصمة حتَّى يُعلم انبتاتُها، وببقاء الذِّمَّة مشغولةً بالشَّيء الملتزم به وبقيمة ما أتلفت إلى أن تثبُت براءتُها بإقرار أو بيِّنة[٢].

وقد ادُّعِيَ في هذا النَّوع الاتِّفاقُ وانتفاءُ الخلاف فيه؛ قال الزركشي: «وهذا لا خلاف في وجوب العمل به، إلى أن يثبت معارض له»[٣].

ولكن التَّحقيق أنَّ في هذا النَّوع خلافا، فالجمهورُ على الاحتجاج به، وخالف كثيرٌ من الحنفيَّة فقالوا بأنَّ هذا النَّوع من الاستصحاب حجَّة في الدفع دون الإثبات[٤]. فالاستصحابُ لا يصلح لإثبات حُكْمٍ مبتدإ، بل يَصلُح لإبقاء ما كان على ما كان إلى

---

(١) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٨.

(٢) ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٢٧، المشاط، الجواهر الثمينة ص/ ٢٣٠، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٥، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٤٥-٤٦.

(٣) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ١٨.

(٤) ابن أمير حاج، التَّقرير والتَّحبير ٣/ ٢٩٠، البخاري، كشف الأسرار ٣/ ٤٠٧-٤٠٨.

أنْ يَثبُت دليلُ التغيير. كاستصحاب حياة المفقود قبل الحكم بمَوْته؛ فإنه دافعٌ للإرْث منه استِصْحابًا لحياته، فتَبْقى أمْلاكُه مملوكةً له ولا تُورَث. وليس استصحابُ الحياة مُثبِتًا لاستِحْقاقه للإرْث من غيره، للشَّكِّ في حَياته فلا يثبت استِصْحابُها له مِلْكًا جديدًا إذ الأصل عدمُه.

وقيل: ليس بحجة مطلقا[1]. وقيل: هو حجة بشرط أن لا يعارضه ظاهر[2].

● **النَّوع الثَّالث: استصحاب مُقتَضَى العُموم والنَّصّ**

ومفهوم هذا الاستصحاب أنْ يُستصحَب العُمومُ والنَّصُّ الشَّرعيَّان إلى أنْ يرِدَ دليل التَّخصيص أو النَّسخ[3].

وليس خافيًا أنَّ عدَّ هذا النَّوع في أنواع الاستصحاب فيه تجوُّزٌ غيرُ مرْضِيّ؛ لأنَّ الحكم إنَّما هو مُستنِدٌ إلى الدَّليل لا إلى الاستصحاب. وقد اعترض كثيرٌ من أهل الأصول على عدِّ ذلك من أنواع الاستصحاب كالباجي[4]، والأبياري[5] وغيرهما[6]؛ قال

(١) حلولو، التوضيح ٣/ ٩٥٤. [المحققة].

(٢) حلولو، التوضيح ٣/ ٩٥٤. [المحققة].

(٣) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ص/ ٤٠٢، المشّاط، الجواهر الثمينة ص/ ٢٣٠، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٥، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٢٧.

(٤) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة٦٠.

(٥) حلولو، التوضيح شرح التنقيح، العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٥، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣٠.

(٦) الجويني، البرهان فقرة: ١١٥٩.

الباجيُّ بعد أن نَقَلَ عن بعضهم إلحاقَ استصحاب حال العُموم بأنواع الاستصحاب-: «وهذا ليس من استصحاب الحال؛ وإنَّما هو استدلالٌ بعموم اللَّفظ»[(١)]، وقال العلويُّ: «وأمَّا استِصْحابُ العموم والنَّصِّ إلى أنْ يُوجَد مُخصِّصٌ أو ناسخ، فليسا من الاستصحاب بحال؛ لأنَّ الحكم مُستنِدٌ إلى الدَّليل لا إلى الاستصحاب؛ قاله الأبياريُّ وإمام الحرمين»[(٢)].

● **النَّوع الرَّابع: استصحاب حكم الإجماع**

وهو أنْ يكون الأمرُ بحالةٍ ويُجمَع فيه على حُكْمٍ، ثمَّ يَتغيَّر إلى حالةٍ أُخْرَى، فيُستصحَب حُكْمُ الإجماع في الأمر بعد تَغيُّره حتَّى يقوم الدَّليلُ على أنَّ له حُكمًا غير ما انعَقَد عليه الإجماعُ[(٣)].

مثالُه: استدلالُ مَنْ يقول إنَّ المتيمِّم إذا رأى الماءَ في أثناء صلاته لا تَبطُل صلاتُه-: بأنَّ الإجماع مُنعقِدٌ على صِحَّتها قبل ذلك، فاستُصحِب حُكْمُ الصِّحَّة -وهو مُجمَعٌ عليه- في المسألة مَحلِّ النِّزاع إلى أنْ يرِدَ دليلٌ على أنَّ رُؤية الماء مُبطِلةٌ[(٤)].

وهذا النَّوعُ من الاستصحاب محلُّ خلاف بين الأصوليين: فأكثرُ الأصوليِّين على عدم الاعتداد به[(٥)]. وخالف البعضُ

(١) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة٦٠.

(٢) العلوي، نشر البنود على مراقي السعود ٢/ ١٦٥.

(٣) ابن رشيق، لباب المحصول ٢/ ٤٢٧، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣١، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٤٧.

(٤) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة ٥٩، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣١.

(٥) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٢٠.

كداودَ الظَّاهريِّ، والمُزَنيِّ، وأبي بكر الصَّيرفيّ، وأبى اسحاق بن شاقلا[١]، والآمديِّ[٢]، فقالوا بحجّيته وصُلوحيَّته للاستدلال. وبه قال ابنُ القيِّم في «إعلام الموقعين» وأطال في الانتصار له[٣].

وردُّ هذا النَّوع من الاستصحاب أقوى في العِبْرَة، وأمتنُ في الحجَّة.

● **الاستصحاب المقلوب:**

وممَّا أُلحق بأنواع الاستصحاب ما يُعرَفُ بالاستصحاب المقلوب، وهو يصلُح أن يكون قسيما للاستصحاب، ويُسمِّيه البعض بمعكوس الاستصحاب؛ وحقيقتُه أنَّه إثباتُ أمر في الزَّمن الماضي لثبوته في الزَّمن الحاضر[٤].

وعرَّفه العدويّ المالكيّ بقوله: «الاستصحاب المعكوس هو: انسِحابُ وُجود الشَّيء على ما قبله فيما مَضَى حتَّى ينتهي ويتبيَّن أنَّه لم يكُن منه؛ وأمَّا غير المعكوس وهو المستقيم فهو: انسحابُه على ما بعده في المستقبل حتَّى يتبيَّن ما يقطعُه»[٥].

ومن أمثلة هذا النَّوع: قولُ بعض القرويِّين والأندلسيِّين من المالكيَّة أنَّ الحبس إذا جُهل مَصرفُه، ووُجِدَ على حاله، فإنَّه يجري

---

(١) آل تيمية، المسودة ٣٠٧.

(٢) الآمدي، الإحكام ٤/ ١٤١.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين ١/ ٣٤٢.

(٤) العلوي، نشر البنود ٢/ ١٦٥، المشاط، الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة ٢٣٣.

(٥) العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٣/ ٢٤٣.

عليها، ورأوا أنَّ إجراءه على هذه الحالة دليلٌ على أنَّه كان كذلك في الأصل[1].

* * *

(١) حلولو، التوضيح شرح التنقيح، المشاط، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ٢٣٣، العلوي، نشر البنود ١٦٦، محمد خضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٤٧.

المبحث الثاني

الاستصحاب في المذهب المالكي: حجيته، وأدلَّةُ اعتباره، وصلته بالأصول الاجتهاديَّة للمذهب

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب؛ وهي:

المطلب الأول: حجيَّة الاستصحاب في المذهب المالكي.

المطلب الثاني: دليل حجية الاستصحاب.

المطلب الثَّالث: صلة الاستصحاب بالأصول الاجتهاديَّة للمذهب.

المطلب الأول

حجيَّة الاستصحاب في المذهب المالكي

قال ابنُ رشد في بعض فتاويه: «وهذا من باب استصحاب الحال، وهو أصل من الأصول يجري عليه كثير من الأحكام»[١].

وقال الدّسوقي: «ومن قواعد المذهب استصحاب الأصل»[٢].

فأصلُ الاستصحاب من الأصول التي بنى المالكيَّةُ عليها فقهَهم، وفرَّعوا على وَفقها كثيرا من فروعهم ومسائلهم.

ولمّا كان الاستصحاب أنواعا مُختلفة، منها المتَّفق عليه، ومنها التي عَرَضَ فيها اختلافٌ بين أهل العلم، لزِمَ أنْ أعرض كلَّ نوع من أنواع الاستصحاب وأبحثَ فيه عن مذهب المالكيَّة في الاعتماد عليه والتَّعلق به، مشفوعا ذلك بالأمثلة التي تُنبِئُ عن إثبات النِّسبة إليهم، أو الانتفاء منها.

والذي تحصَّل من أنواع الاستصحاب كما مرَّ ثلاثة أنواع:

* **النَّوع الأول**: استصحاب البراءة الأصليَّة أو العدم الأصليّ.
* **النَّوع الثاني**: استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثبوته ودوامه لوُجود سببه.
* **النَّوع الثَّالث**: استصحاب حال الإجماع.

كما أنِّي سأطرق بالتّبع والعرض قسيمَ الاستصحابِ المستقيمِ،

---

(١) ابن رشد، المسائل ١/ ٥٢٧، الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٠٣.

(٢) الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير ٤/ ١٤٥.

وهو الاستصحابُ المقلوب.

● النَّوع الأول: استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي:

الأخذُ بالبراءة الأصليَّة من الأصول الثَّابة قطعا في مذهب مالك، وكتبُ الفقه مليئةٌ بالتَّعليل بهذا الأصل والاحتجاج به، بحيثُ يُعطي للنَّاظر حُكمَ القطع باعتبار هذا الأصل في المذهب المالكيِّ.

قال القاضي أبو الحسن بنُ القصار في كلامه عن استصحاب الحال: «ليس عن مالكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في ذلك نَصٌّ، ولكن مذهبه يدلُّ عليه؛ لأنَّه احتَجَّ في أشياء كثيرةٍ سُئل عنها، فقال: «لم يفعل النبيُّ ﷺ ذلك، ولا الصحابة رحمة الله عليهم»، وكذلك يقول: «ما رأيتُ أحدًا فَعَلَه». وهذا يَدلُّ على أنَّ السَّمْع إذا لم يَرِدْ بإيجاب شيءٍ لم يَجِبْ، وكان على ما كان عليه من براءة الذمة»[1].

وقال القاضي أبو الوليد الباجيّ: «اعلم أنَّ حكم استصحاب حالِ العقل دليلٌ صحيح، وبهذا قال جمهور العلماء... وهو عندنا القسم الثالث[2] من الأدلَّة الشَّرعيَّة»[3].

---

(١) ابن القصار، مقدِّمة «عُيون الأدلة»: ١٥٧.

(٢) لأنَّ أدلَّة الشَّرع عند الباجي وغيره من أهل العلم ثلاثة أقسام: الأوَّل: أصلٌ، وهو الكتاب والسّنة والإجماع؛ والثَّاني: معقول أصل، وهو لحنُ الخطاب، وفحوى الخطاب، والحصرُ، ومعنى الخطاب؛ والثَّالث: استصحاب حال. المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة ١٩ . وانظر: مفتاح الوصل لبناء الفروع على الأصول ٢٩٧، فله تقسيم يشبه هذا التقسيم.

(٣) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

وقال ابنُ العربيّ: «وأمَّا استصحاب حال العقل، فهو دليل صحيح... والمحقِّقون كلّهم مُتَّفقون على أنَّ هذا دليلٌ شرعيّ، إلَّا جماعة يسيرة وهمت... ولا خِلاف في ذلك بين العُقلاء»[(١)].

وقال ابنُ رشد في شرحه لبعض مسائل «المستخرجة»: «... فإنَّ الذِّمَّة بريَّةٌ ولا ينبغي أنْ يثبت فيها شيءٌ إلَّا بيقين»[(٢)].

وقال القَرافي: «الأصلُ براءة الذمَّة... لأنَّ الإنسان وُلدَ بريئا من الحقوق كلِّها، فإذا خَطَر ببال أنَّ ذمَّته اشتغلت بحق الله تعالى أو للخلق أو لم تشتغل ولم يقم دليل على شيء من ذلك، كان احتمال عدم الشغل راجحا على احتمال الشغل في العقل»[(٣)].

وقال المنجور: «الأصل البراءة قبل ثبوت التكليف وعمارة الذمة»[(٤)].

وخالف من المالكية في عدم عَدِّ الاستصحاب دليلا أبو تمام البصري[(٥)]؛ وهو اختيارٌ منه.

مثاله: دليلُ قول المالكيَّة في أنَّ الوتر ليس واجبا وأنَّ المضمضة والاستنشاقَ لا يجبان في غسل الجنابة؛ لأنَّ الأصل براءةُ الذِّمَّة وفراغ السَّاحة من الإلزام، وطريقُ اشتغالها الشَّرعُ، وليس في الشَّرع بعد التَّتبُّع دليلٌ على وجوب الوتر والمضمضة

(١) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠-١٣١.
(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٥/ ١٧١.
(٣) القرافي، نفائس الأصول ١/ ١٥٧.
(٤) المنجور، شرح المنهج المنتخب ٥٥٣.
(٥) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

والاستنشاق، ولو كان لوُجد مع كثرة البحث والنَّظر، فالذي يدَّعي أنَّ الوتر واجبٌ وأنَّ المضمضة والاستنشاق يجبان في غسل الجنابة، عليه الدَّليل النَّاقل من أصل البراءة الأصليَّة[١].

وبهذا الدَّليل علمنا أنَّه لا يجب صلاةٌ سادسة ولا زكاة غير الزَّكاة المعهودة ولا صوم غير رمضانَ[٢].

● **النَّوع الثَّاني: استصحاب ما دلَّ الشرع على ثبوته:**

أمَّا استصحاب ما دلَّ الشَّرعُ على ثبوته لوُجود سببه، فالمالكيَّة قائلون به ومتَّسِعون في الأخذ به والبناء على مُقتضاه في فروعهم الفقهيَّة؛ قال العلويُّ: «استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثبوته لوجود سببه حجَّةٌ ودليل من الاستدلال، مثل استصحاب ذلك العدم الأصليّ المتقدّم، كثبوت الملك لثبوت الشِّراء، وثبوت شغل الذِّمَّة بعد جَرَيان الإتلاف أو الالتزام»[٣].

وقال المقري[٤]: «قاعدة: **الأصل بقاء الشَّيء لمن هو في يده** إلا بدليل؛ لأنَّ الأصل بقاء ما كان على ما كان، فإذا اختلفا في القبض فالقولُ قول البائع في الثَّمن والمبتاع في المثمون. . .»[٥].

---

(١) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠، الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

(٢) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

(٣) العلوي، نشر البنود على مراقي السعود ٢/ ١٦٥.

(٤) راجع: شرح المنهج المنتخب فقد أفاض في ذكر أمثلة عن هذا النوع من الاستصحاب ٤٨٨-٤٩٠، الونشريسي، إيضاح المسالك ٣٨٦ - ٣٨٨، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/ ٦٠٠-٦٠٢.

(٥) المنجور، شرح المنهج المنتخب ٤٨٩.

والمسألة التي أشار إليها المقَّريُّ هي الاختلاف بين البائع والمشتري في القبض؛ فالأصلُ في السِّلعة أنَّها بيد البائع، والأصل في الثَّمن أنَّه في يد المبتاع؛ فيُستصحب هذان الأصلان، فيقبل قول البائع في عدم قبض الثَّمن، ويُقبَلُ قول المبتاع في عدم قبض السِّلعة. ويُستثنى من هذه المسألة إذا كان ثمَّة عرفٌ يقضي بسرعة القبض كاللَّحم مثلا[١].

فالمالك إن ثبت ملكه للشَّيء استُصحب ما أمكن إلى أن يرِدَ ما ينقله إلى حال أخرى؛ قال المقري في قواعده: «قاعدة: إذا ثَبَتَ الملك في عين فالأصل استصحابُه بحسب الإمكان...»[٢].

والمالكيَّة يستصحبون ما دلَّ الشَّرع على ثبوته ما أمكن، قال المقَّريُّ: «قاعدة: يجب الاستصحابُ بحسب الإمكان على الأصحّ لأنَّه كالجمع، فإذا أكل المضطر مال الغير ضمن لأنَّ مقتضى الضَّرورة إباحة الأكل والدّفاع عليه لا سقوط القيمة لأنَّ البقاء لا يتوقَّف عليه، ولو اختلط زيتُك بزيته لسقط ملكك على التَّعيين وصار شريكا لك بما يسمَّى زيتا فى المختلط، وليس له نقلك إلى غير المختلط استصحابا للملك بحسب الإمكان، ونظائره كثيرة وهو مذهب مالك ومحمد»[٣].

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٦/ ٤٧١، الخرشي، شرح خليل ٥/ ١٩٩، عليش، منح الجليل ٥/ ٣٢٣، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٤٨٩.

(٢) المقري، القواعد رقم ١٠٢٧.

(٣) المقري، القواعد رقم ١١٠٤. وأصل هذه القاعدة للقرافي في الفروق: ١/ ١٩٥-١٩٦.

فهذه القاعدةُ تدلُّ على مدى التزام عُموم المالكيَّة بأصل استصحاب ما دلَّ الشَّرعُ على ثبوته؛ إذ إنَّهم يُعمِلون هذا الأصل ما أمكنهم الإعمال، ويُجرونَه ما وَسِعَهم الإجراء؛ فقد استصحبوا الملك في مسألة المضطرّ إلى طعام الغير، فأثبتوا العوض لأنَّ فيه التزاما بما ثبت في الشَّرع من ثبوت الملك؛ فيستصحب ما أمكن.

● **النوع الثَّالث: استصحاب حال الإجماع:**

أمَّا الاستصحاب بحال الإجماع فقد أُثِرَ خلافٌ بين أهل المذهب، فمنهم مَنْ لم يحتجّ به وهم الأكثر، ومنهم من اعتبره واستدلَّ به على بعض الفروع. قال ابنُ العربيِّ: «وهذا ممَّا اختلف عليه علماؤنا -رحمهم الله-، فمنهم مَنْ قال: إنَّه دليل يُعوَّل عليه، ومنهم مَنْ قال إنَّه ليس بشيء»[(١)].

ومن المالكيَّة الذين أنكروا حجيَّة الاستدلال بهذا النَّوع أبو الوليد الباجيَّ، قال: «فهذا غلط في الاستدلال»[(٢)]، وقال في كتاب «المنهاج» في بحثه لدليل الاستصحاب: «وقد يلحق بهذا ما ليس منه، وهو **استصحاب حال الإجماع**. . .فهذا ليس بدليل؛ لأنَّ الإجماع حصل في غير موضع الخلاف، وموضعُ الخلاف لم يقع فيه إجماع»[(٣)].

ونَسَبَه الباجيّ لأكثر المالكيَّة، قال: «وذَهَبَ القاضي أبو بكر

(١) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠.

(٢) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٧، الإشارة ٣٢٤.

(٣) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة ٥٩.

والقاضي أبو الطيِّب والقاضي أبو جعفر وأكثرُ النَّاس من المالكيين والحنفيِّين والشَّافعيِّين إلى أنَّه ليس بدليل»[١].

وقال القاضي عبد الوهاب: «هو قول أكثر الشافعية، ومن أصحابنا القاضي إسماعيل وأبو بكر الأبهري وغيرهما»[٢].

وهو مُقتَضى كلام ابن القصار[٣].

وكذلك أنكر هذا الأصل ابنُ العربيِّ، فقال بعد أنْ حَكَى الخلاف عن المالكيَّة: «والصَّحيحُ أنَّه ليس بدليل»[٤].

ونُسِبَ القول بالتَّعويل على هذا الأصل إلى محمَّد بن سحنون، قال الباجي: «وإليه ذهب محمَّد بن سحنون من أصحابنا، لا أعلَمُ من أصحابنا مَن قال به غيره»[٥].

وقد وَقفتُ على احتجاج ابنِ رُشْدٍ الجدِّ بهذا الأصل في مسألة تزويج الأب ابنتَه البكر البالغة في «البيان والتحصيل»، قال ابنُ رشد: «... ومن الحجَّة لمالِكٍ أنَّ أهل العلم قد أجمعوا على أنَّه يُزوِّجُ ابنته البِكْر قبل بُلوغها دون استئمار، فمن ادَّعى أنَّ عليه أنْ

(١) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٧، وانظر فقرة ٥٠٣.

(٢) آل تيمية، المسودة ٣٠٧.

(٣) ففي عيون الأدلة (٣/ ١٣١٨): «فإن قيل: فقد حصل الإجماع على أنه طاهر بعد مسحه على الخفين، وأن الصلاة جائزة له، فمن زعم أن عليه غسل رجليه، وأن طهارته تنتقض-: فعليه الدليل، وإلا فنحن متمسكون بموضع الإجماع. قيل: إنَّ الإجماع حَصَلَ على صفة، وهو كونُ رِجْلَيه في الخفين، فلما نَزَعهما انحلَّ الإجماع، ألا ترى أنَّ الخلاف حاصل».

(٤) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠.

(٥) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٧.

يستأمِرَها إذا بَلَغت، وَجَبَ عليه الدَّليل. وهذا استدلالٌ باستصحاب حال الإجماع؛ وهو دليل صحيحٌ عندهم»[١]. وقال في مسألة بيع أمَّهات الأولاد في «المقدمات»: «هو دليلٌ صحيحٌ»[٢].

وقد حكى ابنُ العربيِّ أنَّ بعض المالكيَّة استدلُّوا بهذا الأصل على عَدَم انتقاض الوُضوء عند رُؤية الماء في الصَّلاة لمن دَخَلَ فيها مُتيمِّما، بأنْ قالوا: أجمعنا على أنَّ صلاته صحيحة قبل رؤية الماء، فمن ادَّعى أنَّها قد فَسَدت برؤية الماء، فعليه الدَّليل[٣].

ومن المسائل التي احتجَّ بها بعضُ المالكية بأصل استصحاب الإجماع: مسألةُ مَنْ أوصى بوصيَّة فهل له الرُّجوع عنها إنْ كان شَرَط عدم رجوعه. وليس لمالِكٍ ولا لمتقدِّمي أصحابه في هذه المسألة نصٌّ[٤]. وقد اختلف أهلُ المذهب من المتأخِّرين في هذه المسألة: فقال البعضُ: لا يَصحُّ له الرُّجوع عن الوصيَّة، التزاما بما التزم به من شرط في وصيَّته[٥]. ومنهم مَنْ قال بأنَّ الرجوع يَصحُّ، واستدلَّ حُلولو -وهو من القائلين بعدم لزوم هذا الشَّرط- باستصحاب الإجماع، قال حلولو: «بالرُّجوع حَكَمْتُ لمَّا نـزلت،

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/ ٢٦٢.

(٢) ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣/ ١٩٩.

(٣) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠.

(٤) عليش، منح الجليل ٩/ ٥١٥.

(٥) المواق، التاج والإكليل ٨/ ٥٢٢، الحطاب، مواهب الجليل ٦/ ٣٦٩، عليش، منح الجليل ٩/ ٥١٥ .

استصحابًا لحكم الإجْماع السَّابق»[1]؛ ذلك أنَّ الرُّجوع ثابِتٌ في حال عَدَم اشتراط الرُّجوع، ووقع الإجماع عليه، فاستُصحِبَ هذا الحكمُ في حال أخرى، وهي حال اشتراط عدم الرُّجوع.

والصَّواب في المسألة أنَّ مذهب المالكية هو عَدَمُ الاحتجاج بهذا الأصل، بدليل أنَّ غالب المالكيَّة على عدم الاعتداد به، ولا التَّعويل عليه، حتَّى إنَّ الباجيَّ - على سَعَة اطِّلاعه ورُسوخ قدمه في المذهب- لم يَعلم أحدًا من المالكيَّة قال به إلا محمَّد بن سحنون. أمَّا ما أُثِرَ عن ابن رشد وغيره، فلعلَّه أنْ يُعدَّ اختيارًا منهم، لا على أنَّه من مذهب مالك. لكنْ يُشكل أنَّ الاستدلال لفُروع أيِّ مذهب يجب أنْ يكون على وَفق الأصول المعتمدة عندهم، فليس صائبًا ولا مُستقيما أنْ يُحتجّ لمسألة في مذهب الشَّافعيّ بعَمَل أهل المدينة، ومعلومٌ أنَّ الشَّافعي من أكثر مَن عارض المالكيَّة على هذا الأصل. وسيأتي في الأدلَّة النَّاهضة بحجيَّة الاستصحاب ضعفُ هذا النَّوع من الاستصحاب ووَهاءُ حجَّته.

● **الاستصحاب المقلوب:**

أمَّا الاستصحابُ المعكوس، فنجد أنَّ المالكيَّة أخذوا به في مواضعَ وتَركوا اعتبارَه في مواضع أخرى، حتَّى نَسَبَ البساطيُّ إلى المذهب الاضطرابَ في العمل به، فقال في مسألة لم يَعتبر فيها المالكيَّةُ هذا النَّوع من الاستصحاب-: «ولهم في الاستصحاب

---

(١) عليش، منح الجليل ٩/ ٥١٥.

المعكوس اضطرابٌ، ولم يعتبروه هنا، وسيأتي اعتباره في مواضع»[١].

ومن الأمثلة التي تعلَّقَ فيها المالكيَّةُ بالاستصحاب المقلوب، ما لبعض القرويِّين والأندلسيِّين من المالكيَّة أنَّ الوقف إذا جُهِلَ أصلُ مصرفه ووُجد على حالة، فإنه يجري عليها، ورأوْا أنَّ إجراءه على هذه الحال دليلٌ على أنَّه كان كذلك في الأصل، قال حلولو: «فهذا دليلٌ على أنَّه حجَّة عندهم»[٢].

وكمسألة الزَّوج الذي يَغيبُ عن زوجته دون أنْ يُخلِّف لها نفقةً، ثمَّ يَقدُم فتتقدَّم إليه بطَلَب ما أنفقت حالَ غيبته، فيزعم أنَّه كان في مُدَّة الغياب مُعسِرًا، وتُخالفه الزَّوجةُ فتَّدعي أنَّه كان مُوسِرا؛ فقالوا: إنَّه يُعتَبَرُ حال قُدومه من إعسار أو يَسار، وتُستصحَبُ في مدَّة الغيبة، فإنْ كان قدم موسِرًا عُدَّ في الغيبة ذا يَسار، وقُضِيَ عليه بما تطلُب الزَّوجة من النَّفقة[٣]؛ فهاهنا ثَبَتَ أمرٌ، وهو يسار الزَّوج في الزَّمن السَّابق، وهو زمن الغيبة، بناءً

(١) العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٣/ ٢٤٣.

(٢) العلوي، نشر البنود على مراقي السعود ٢/ ١٦٦، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣٣، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٤٧.

(٣) الباجي، المنتقى ٤/ ١٢٧. على أن المسألة مما اختلف فيها المالكية، فقول ابن الماجشون أنه على الحالة التي خرج عليها، فإن خرج معسرا فهو على ذلك، وإن خرج موسرا فهو على ذلك، وإن لم يعلم على أي حالة خرج عليها فهو على اليسار حتى يقيم البينة بالإعسار. وعن ابن كنانة وسحنون أن القول قوله، وعلى المرأة البينة. المنتقى ٤/ ١٢٧.

على ثُبوته في الزَّمن الحاضر، أي: زمن قُدومه بالاستصحاب[١].

وضرب المحليُّ له مثالا يُمْكِنُ أنْ يؤخذ منه أنَّ مذهب مالك على اعتباره، قال المحليّ: «كأنْ يُقال في المكيال الموجود الآن: كان على عَهْده ﷺ، باستصحاب الحال في الماضي»[٢]. وهذا الاستدلال معروف في مذهب مالِكٍ. ولا يَستَقيمُ من هذا استنباط أنَّ مالِكًا يأخذ بالاستصحاب المقلوب، لِمَا في هذا الاستصحاب من تأيُّدٍ بكون المكيال هذا تناقله أهلُ المدينة من الصَّحابة وأبنائهم، وكانوا من أحْرَص الناس على الاتِّباع والاقتداء؛ لذلك كان التعويل على استصحاب كون المكيال الذي وَجَده مالِكٌ في المدينة هو المكيالَ الذي كان على عَهْد النبي ﷺ. لذلك فإنَّ بعض ما يُقال إنه استصحاب معكوس، قد يَتأيَّد بأمارات تقوي مضمون هذا الاستصحابَ.

ومثال عدم الأخذ به عند المالكيَّة: إذا تنازع الزَّوجان في عَيْب فَرج المرأة بعد صدور العقد بمدَّة؛ فقال الزَّوجُ: كان موجودا حالَ العقد فالخيارُ لي في الرَّدّ وعدمِه. وقالت الزَّوجة: بل حَدَث بعد العقد فلا خيارَ لك. فالقولُ قولُ المرأة في نفي وُجودِه حال العقد، وسواء كان ذلك الاختلافُ قبل الدُّخول أو بعده[٣].

قال البساطيّ: «ولهم في الاستصحاب المعكوس اضطرابٌ ولم

---

(١) محمد خضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٤٦-٤٧.

(٢) المحلي، شرح جمع الجوامع (مع حاشية العطار) ٢/ ٣٩١.

(٣) الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/ ٢٤٢-٢٤٣.

يعتبروه هنا»[١]، وتفسيرُ عدم اعتبارهم له في هذا الموضع: أنَّ ثُبوتَ العيب في الحال لم يُستصحَب في الماضي لإثبات كونِ العيب كان حالَ العقد، فلم يستصحبوا الاستصحابَ المعكوس.

لكنْ ممَّا يُعتَرَضُ على ما ادُّعِيَ من اضطراب المالكيَّة في هذا النَّوع من الاستصحاب-: أنَّ الأخذ به إنَّما يكون في الأحوال التي لا يُعارِضُه دليلٌ أقوى، وليس تركُ الاستصحاب المعكوس في مسألة بدليل على عدم الحجيَّة مُطلقا؛ لمكان المعارضة القويَّة؛ لأنَّ الأدلَّة تتَوَارَدُ على المحالِّ ويُنظَرُ في أيِّها أقوى تعلُّقا بها، والأخذ بموجب بعضها لا يدلُّ البتَّة على بُطلان الاحتجاج بغيرها مُطلقا. وفي مسألة العيب: الظَّاهرُ أنَّ الاستصحاب المعكوس عُورِضَ بالاستصحاب المستقيم، لأنَّ الأصل في المرأة أنَّها بَريَّةٌ من الدَّاء؛ لأنَّ العَيْبَ عارِضٌ وليس أصليّا، فكان استصحابُ السَّلامة أوْلى من عَطْف استصحابِ العيب على الحال الماضية؛ والله أعلم.

(١) العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٣/ ٢٤٣.

المطلب الثَّاني

دليل حُجِّية الاستصحاب

استدلّوا على حجيَّة البراءة الأصلية أو الإباحة العقليَّة بجملة أدلَّة، أسُوقُ في هذا المحلِّ بَعضًا منها:

١- قال الله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]؛ ووجهُ الدَّلالة من الآية: أنّه لمَّا نَزَلَ تحريمُ الرِّبا خاف الصَّحابةُ من الأموال التي اكتُسِبَت من الرِّبا قبل نُزول التَّحريم، فأبانت الآيةُ لهم أنَّ الذي اكتَسَبوه منَ الرِّبا قبلَ التَّحريم جارٍ على البراءة الأصليَّة، فلا يلحقُهم إثمٌ ولا لومٌ[١].

٢- وقال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوۡمَۢا بَعۡدَ إِذۡ هَدَىٰهُمۡ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ﴾ [التَّوبة: ١١٥]؛ ذلك أنَّ النَّبيَّ ﷺ لمَّا استغفر لعمِّه أبي طالبٍ واستغفَرَ الصَّحابةُ لموتاهُم من أهل الشِّرك، أَنزَلَ الله تعالى قولَه: ﴿مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَن يَسۡتَغۡفِرُواْ لِلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة: ١١٣] فندموا على ما كان منهم من الاستغفار، فبيَّنَت الآيةُ أنَّ ذلك كان على البراءة الأصليَّة؛ إذْ لم يرِدْ تحريمٌ إذاك، فلا يَعْلَقُ بهم إثمٌ ولا عَتبٌ حتَّى يُبيِّنَ لهم الله ما يتَّقونَه كالاستغفار

---

(١) الشنقيطي، المذكر في أصول الفقه ٢٨٦.

لهم مثلا[١].

واستدلّوا على حجية النوع الثاني من الاستصحاب، وهو **استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثبوته بأدلَّة منها:**

١- الثَّابتُ عند العُقلاء أنَّهم إذا تحقَّقوا من وجود الشَّيء وثبوته أو انتفائه وعدمه، وكان لهذا الشَّيء أحكامٌ خاصَّةٌ به-: فإنَّهم يَحكُمون بها ويَجرُون على مقتضاها في مستقبل الزَّمان، سواءٌ أكان ذلك في الوجود أو العدم. فالعُقلاء مَثَلا يُسوِّغون مُراسَلَةَ مَنْ علِمُوا في الزَّمن الماضي وُجودَه، ويَستجيزون إرسالَ الوَدائع وإنفاذَها، إلى غير ذلك من الأمثلة التي تَستَنِدُ إلى إعطاء الزَّمن الحالي أو المستقبلي الحكمَ الذي كان موجودا قبله إثباتا أو نفيا[٢].

٢- ممَّا احتجُّوا به أنَّ ظنَّ البقاء أرجحُ من ظنِّ التَّغيُّر، قال الآمديّ: «ظنُّ البقاء أغلبُ من ظنِّ التَّغير؛ وذلك لأنَّ الباقي لا يَتوقَّف على أكثر من وُجود الزَّمان المستقبل، ومقارنة ذلك الباقي له كان وُجودا أو عَدَما. وأمَّا التَّغيُّر، فمتوقِّفٌ على ثلاثة أُمُور: وجود الزَّمان المستقبل، وتبدُّل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود، ومُقارنَةُ ذلك الوجود أو العدم لذلك الزَّمان. ولا يَخفَى أنَّ تحقُّق ما يتوقَّف على أمرين لا غير، أغلبُ ممَّا يتوقَّفُ على ذينك الأمرين وثالث غيرهما»[٣].

---

(١) الشنقيطي، المذكرة في أصول الفقه ٢٨٦-٢٨٧.

(٢) الآمدي، الإحكام ٤/ ١٣٣-١٣٤، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/ ٢٢٦.

(٣) الآمدي، الإحكام ٤/ ١٣٤.

أمَّا **استصحاب الإجماع** فقد استدلَّ من نَفَاه من المالكيَّة -وهو المعتمَدُ عندهم- بما يلي:

أوَّلا: الإجماع الذي كان دليلا على الحكم قد زال وارتَفَع في محلِّ الخلاف؛ لأنَّ محلَّ الخلاف هو غير محلّ الاتِّفاق، فلم يكن الإجماعُ مُتناوِلا لمحلّ الخلاف لتغيُّر المحلّ؛ وعليه وَجَبَ تطلُّبُ دليل آخرَ[١].

ثانيا: القولُ باستصحاب الإجماع في محلّ الخلاف، يؤدِّي إلى التَّكافؤ؛ بيانُه: أنَّه ما مِنْ أحَدٍ يستصحب حال الإجماع في شيء، إلَّا ولخصمه أنْ يستصحبه في مُقابله؛ فمثلا في مسألة التَّيمُّم فإنَّ للمخالف أنْ يقول: أجمعنا على بُطلان التَّيمُّم برؤية الماء خارج الصَّلاة، فنستصحبه برؤيته فيها، وتغيُّر الأحوال لا عِبْرَةَ به[٢].

أمَّا **الاستصحاب المعكوس** فقد استُدلَّ لحجيَّته: بأنَّه لو لم يكُن الحكمُ الثَّابتُ الآن ثابتا أمسِ، لكان غيرَ ثابت أمسِ؛ إذْ لا واسطة بين الثُّبوت وعدمِه، وإذا كان غيرَ ثابت أمسِ اقتضى الاستصحابُ أنَّه يكون الآن غيرَ ثابت؛ لكنَّه ثابتٌ الآن، فدلَّ على أنَّه كان ثابتا أمسِ أيضا[٣].

---

(١) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة ٥٩، الإشارة ٣٢٤، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/٤٢٨، الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٢١، عيون الأدلة (٣/ ١٣١٨).

(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٢١.

(٣) المشاط، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ٢٣٣، العلوي، نشر البنود ١٦٦.

المطلب الثَّالث

صِلَةُ الاستصحاب بالأصول الاجتهاديَّة للمذهب

إنَّ النَّظر في المقارنة بين البراءة الأصليَّة والأدلَّة الاجتهاديَّة عند المالكية، يُفضي إلى أنْ لا صِلَةَ بين البراءة الأصليَّة وبين الأدلَّة الاجتهاديَّة الأخرى؛ ذلك أنَّ منشأ اعتبار البراءة الأصليَّة هو العقل، فالحكمُ المستفادُ من البراءة الأصليَّة حكمٌ عَقْليٌّ أفاده العقلُ ودلَّ عليه؛ وهذا على خلاف ما هو في الأدلَّة التَّشريعيَّة الأخرى، فإنَّ مرجع الاعتبار فيها هو الشَّرع، إمَّا بنصوصه الجزئيَّة أو بقواعده الكليَّة المستقرأة من تفاريق الشَّريعة. وعليه، فإنَّ أوَّل فارق بين البراءة وغيرها من الأدلَّة هو منشأ الاعتبار. ولا يُلجأ إلى دليل البراءة إلَّا بعدَ الإياس من وِجْدان دليل للمسألة محلّ النَّظر؛ فهو آخر مدارِ الفتوى، كما تقدَّم.

وممَّا يُذكَرُ في هذا المقام أنَّ الفارِق بين المصالح المرسلة وبين الاستحسان المصلحي هو النَّظرُ إلى الحكم قبل إعمال أحَد هذين الدَّليلين، فإنْ كان الحكم عقليًا ثابتا بالبراءة الأصليَّة فهو استدلال مرسل؛ أمَّا إنْ كان الحكم شرعيًا ثابتا بدليل من أدلَّة الشَّرع فإنَّ مُفارقة هذا الحكم للمصلحة هو استحسانٌ مصلحيٌّ، وقد يُسمَّى مصلحة مرسلة. وعليه، فإنَّ الاستدلال المرسل أعمُّ مُطلَقا من الاستحسان المصلحي؛ إذْ يختصّ الاستحسان بترك الدَّليل المثبت

لحكم شرعيّ في بعض المحالّ، أمّا الاستدلالُ المرسل فهو يشمل مع ذلك مُفارقةَ حكم البراءة الأصليّة للمصلحة.

أما النَّوع الثَّاني من الاستصحاب، وهو استصحابُ ما دلَّ الشَّرعُ على ثُبوته لوُجود سببه-: فوجهُ العلاقة بينه وبين الأصول الاجتهاديَّة في المذهب أنَّ الحكم المستصحَب كان ثابتًا في الابتداء بالشَّرع من أدلَّة سمعيَّة أو أدلَّة اجتهاديَّة راجعة في أصل اعتبارها إلى أدلَّة السَّمع.

ومِنْ وُجوه الفرق بين الاستصحاب بأنواعه وبين الأدلَّة الاجتهاديَّة الأُخرى-: أنَّ مرتبة العلم بالحُكم المستفاد من الاستصحاب لا يكون إلَّا ظنًّا، لمكان احتمال وُرُود المُغيِّر[1]. وهذا بخِلاف الحكم المستفاد من الأدلَّة الاجتهاديَّة، فقد يكون العِلْم به قطعيًّا وقد يكون ظنّيًّا.

ومن وُجوه الفَرْق بين الاستصحاب وبين الأصول المبنية على الاستثناء -وهي الاستحسان، وسد الذرائع، ومراعاة الخلاف-: أنَّ الاستصحاب فيه إبقاءٌ للحُكْم من الماضي إلى الحاضر، أو من الحاضر إلى المستقبل. أمَّا أصولُ الاجتهاد الاستثنائيِّ ففيها انتقالٌ من حُكْمٍ إلى حُكْم آخَرَ؛ فسَدُّ الذرائع انتقالٌ من الإذن إلى المنع، والاستحسانُ كثيرًا ما يكون انتقالاً من المنع إلى الإذْن، ومُراعاة الخلاف مثلا يكون فيه انتقالٌ من البُطْلان إلى الصِّحَّة، ومن عَدَم إجراء بعض آثار العُقود إلى إجْرائها، ومن عدم صِحَّة العبادة إلى صِحَّتها.

---

(١) لكن قد يَعضد الاستصحابَ بعضُ المعضِّدات التي تقطع بمضمومه.

المبحث الثَّالث

شواهد اعتبار الاستصحاب في المذهب المالكيّ

وفي هذا المبحث أربع مسائل؛ وهي:

المسألة الأولى: مسائل الانتفاء من التَّكاليف.

المسألة الثَّانية: عدم الحكم بوجوب الإنفاق على الوالدين من مال الغائب.

المسألة الثَّالثة: استصحاب شغل الذِّمَّة في التَّكليف بالصَّلاة لمن شكّ في الحدث.

المسألة الرَّابعة: من ادعى بعد البناء بالمرأة أنه وجدها ثيبا.

المسألة الأولى

مسائل الانتفاء من التكاليف

المالكيَّة كثيرا ما يرجِعون في نفي مشروعيَّة بعض الأحكام لأصل البراءة الأصليَّة، فحيثُ لم يثبت عندهم دليلٌ لإثبات التَّكليف، فالأصلُ البقاء على الحكم الأصليِّ وهو براءة الذِّمَّة من التَّكاليف، وعدم شغل الذِّمَّة بها.

مثالُه: زكاةُ الفطر في المذهب المالكيّ إنَّما تجبُ على المسلم عن المسلمين الذين تَجِبُ نفقتُهم عليه، فلا يُخرِجُها الرَّجُل عن نصرانيَّة تحته؛ ومن أدلَّة ذلك الاستدلال بالبراءة الأصليَّة[١]، قال الباجيُّ: «والأصل براءة الذِّمَّة، فيجب استصحابُ ذلك حتَّى يدُلَّ الدَّليلُ على إشغالها بالشَّرع...»[٢].

ومن المسائل التي نَفَى المالكيَّة فيها الوُجوبَ مُستندين إلى البراءة الأصليَّة، عدمُ وجوبِ الأضحية[٣]، قال ابنُ العَرَبيِّ في «أحكام القرآن»: «تعارَضَت الأدلَّة، والأصلُ براءة الذِّمَّة»[٤].

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٣/ ٢٦٤، الحطاب، مواهب الجليل ٢/ ٣٧٠-٣٧١، الباجي، المنتقى ٢/ ١٨٧.

(٢) الباجي، المنتقى ٢/ ١٨٧.

(٣) الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/ ٣٣، ابن العربي، أحكام القرآن ٤/ ٣٩٨.

(٤) ابن العربي، أحكام القرآن ٤/ ٣٩٨.

ومن ذلك نفيُ المالكية أنْ يكون قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱرْكَعُواْ وَٱسْجُدُواْ وَٱعْبُدُواْ رَبَّكُمْ وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝٧٧﴾ [الحج: ٧٧] من عزائم السجود[١].

وخالف ابن حبيب فقال: هي من عزائم السجود، ورواه ابنُ عبد الحكم عن ابن وهب[٢].

ومستند مالك في نفي السجود في هذه الآية هو البقاء على النفي الأصلي من عدم التكليف، ولم يثبت عنده ﷺ ما يدل على أنها من عزائم السجود؛ قال الباجي في «المنتقى»: «وَجْهُ ما قاله مالك: أنَّ إثبات السُّجود طريقه الشَّرع، والأصلُ براءةُ الذِّمَّة، ولم يثبُت من طريق صحيح، فمن ادَّعى ذلك فعليه بيانه»[٣].

المسألة الثانية

عدم الحكم بوجوب الإنفاق على الوالدين من مال الابن الغائب:

ومن المسائل التي بُنِيَت على اعتبار أصل الاستصحاب، مسألةُ الحكم على الرَّجل الغائب بالإنفاق على أبويه من مالٍ له حاضر.

وقد كان للمالكيَّة فيها رأيٌ صَغَوْا فيه إلى استصحاب الحال.

وقد ذُكِرَ في كتب النَّوازل نازلةٌ مُحصِّلُها: أنَّ رجُلا غاب منذ

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٢/ ٣٦١، الباجي، المنتقى ٢/ ٢٣٤.

(٢) الباجي، المنتقى ٢/ ٢٣٤.

(٣) الباجي، المنتقى ٢/ ٢٣٤.

عشرين عاما، وأثبت أبوه أنَّه فقير عديمٌ وأنَّ لابنه الغائب دارا، فدعا أنْ تُباعَ ويُنفق عليه من ثمنها.

فاختلف المفتون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أفتى ابنُ عتَّاب بأنْ لا سبيل إلى بيع هذه الدَّار.

القول الثَّاني: وخالف بعض المالكيَّة، فأفتى بأنْ تُباع الدَّار ويُنفَقَ مِنْ ثَمَنها على الأب وزوجته.

ووَجْهُ القول الأوَّل: أنَّ نفقة الأبوين قد كانت ساقطة عن الابن، ولا تجِب عليه لهما حتَّى يطلباه بها فيُستصحَب عدمُ وجوب النَّفقة في حال الغيبة، فإذا غاب عنهما لم يصحّ أنْ يُحكَم لهما عليه في مغيبه فتُباع عليه في تلك النفقة أملاكه، لاحتمال أنْ يكون في ذلك الحين ميِّتا أو مستغرقَ الذِّمَّة بالدُّيون ويكون أحقَّ بها من نفقتهما؛ وهذا بخلاف نفقة الزَّوجة؛ لأن نفقة الأبوين ساقطة حتَّى يُعلَمَ وجوبُها بمعرفة حياته وأنَّه لا دين عليه يغترق ماله؛ أمَّا نفقة الزَّوجة فواجبةٌ، فيستصحب وجوبُها حتَّى يُعلم سُقوطُها بمعرفة موته أو استغراق ذمته بالديون[1]؛ قال ابن رشد: «وهذا من باب استصحاب الحال، وهو أصلٌ من الأصول يجري عليه كثير من الأحكام، من ذلك: الفرق بين مَنْ أَكَلَ شاكّا في الفجر أو شاكّا في الغروب؛ والفرقُ بين من أيقنَ بالوضوء وشكّ في الحدَث بعده، وبين من أيقنَ بالحدث وشكّ في الوضوء بعده. . . ومثل هذا كثير»[2].

---

(١) ابن رشد، المسائل ١/٥٢٦-٥٢٧. وعنه: الحطاب، مواهب الجليل ٤/٢٠٣.

(٢) ابن رشد، المسائل ١/٥٢٦-٥٢٧. وعنه: الحطاب، مواهب الجليل ٤/٢٠٣.

المسألة الثَّالثة

استصحاب شغل الذِّمَّة في التَّكليف بالصلاة لمن شكّ في الحدث

مذهبُ المالكيَّة فيمن تيقَّنَ الطَّهارة ثمَّ شكَّ في الحدث، أنَّ عليه الطهارةَ وجوبا[1]، وهذا عملا بأصل الاستصحاب:

وتقريرُ ذلك: أنَّ ذمَّة المكلَّف مشغولة بتكليف إيقاع الصَّلاة وأدائها، فيُستصَحَبُ يَقينُ شغل الذِّمَّة إلى أن يرِدَ يقينٌ ناقلٌ لهذا الشّغل يُثبتُ تبرئةَ الذِّمَّة من التَّكليف. وتأسيسا على هذا، فإنَّ الصَّلاة ثابتةٌ في الذِّمَّة بيقين، فنَستصحِبُ ما دلَّ الشَّرعُ على ثُبوته. فلمَّا عارَض هذا الاستصحابَ شكٌّ في الطَّهارة، لم يعتبره المالكيَّة؛ لأنَّ يقين شغل الذمة بالتكليف لا يرفعه طهارة مشكوك فيها، فوَجَبَ على هذا أن على مَنْ أيقنَ الطَّهارة وشكَّ في الحدث الوُضُوءَ[2].

المسألة الرَّابعة

من ادَّعَى بعد البناء بالمرأة أنه وجدها ثيبا:

مَنْ نَكَحَ امرأةً ثمَّ ادَّعى أنَّه ألفاها ثيِّبا بعد أن ابتنى بها، لم يُقبَل قولُه، وصُدِّقَت بيمينٍ إنْ كانتْ رشيدةً، وإلَّا حلف الأب[3].

---

(١) الحطَّاب، مواهب الجليل ١/ ٣٠١-٣٠٢، الدّسوقيّ، حاشيته على الشَّرح الكبير ١/ ١٢٢-١٢٣.

(٢) الدّسوقيّ، حاشيته على الشَّرح الكبير ١/ ١٢٢-١٢٣.

(٣) الدردير، الشرح الكبير ٢/ ٢٨٤-٢٨٥، الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٤٧٣.

ومُدرَكُ المسألة: أنَّ الأصل في المرأة كونُها بِكْرًا من حين نشأتها، فيُستصحَبُ هذا الحكم إلى حين الدُّخول بها؛ قال الشَّيخُ محمَّد الخضر الحسين في توجيه ذلك: «لم تُقبَلْ دَعواهُ إلَّا ببيِّنة؛ لأنَّ حال البَكارة ثابتٌ من حين نَشأتها، فيُستصحَبُ إلى حين البِناء حتَّى تَقُوم على عدمِه البيِّنةُ»[1].

* * *

(١) محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/ ٤٤.

الخاتمة

وبَعْدَ بحث الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيِّ تخلُصُ الدِّراسةُ إلى تقرير أهمِّ النَّتائج التي تُوصِّل إليها:

١- الرَّكيزةُ الأُولَى التي تَرتكِزُ عليها الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ هي ركيزةُ المصلحة؛ فغالبُ الأصول الاجتهادية ماعدا الاستصحاب هي أصولٌ تُحوِّمُ في منطقها على أصل المصلحة.

٢- المصلحةُ في المذهب المالكيِّ ليست مصلحةً مُنبَتَّةً عن اعتبار الشَّرع أو غريبة عنه؛ بل المصلحةُ عند المالكية هي المصلحةُ التي تَأوِي في حُجيتها واعتبارِها إلى كليَّات الشَّرع وقواعده العامَّة.

٣- الاستمساك في الاجتهاد بالمصلحة في المذهب إنَّما يكون على وَفْق أصول تشريعيَّة، فأصلُ المصالح المرسلة وأصلُ الاستحسان وأصلُ سدّ الذَّرائع وأصلُ مُراعاةِ الخلاف هي الأصول التي تَقوم بتحقيق المصلحة. فليست المصلحة مفهومًا هُلاميًا لا خطَطَ له تضبطُه، ولا أصولَ له تجري عليه. فالأخذُ بالمصلحة لا يكون إلَّا على أساس هذه الأصول المصلحيَّة؛ لأنَّها الكفيلةُ بعدم التَّفلُّت عن أحكام الشَّرع، وعدم الانحراف عن رسومه ومبانيه. أمَّا مَنْ أَخَذَ يجتهد بالمصلحة دون سُلوكه لهذه المسالك فهو أَحْرَى أنْ يكون شارِعًا من أنْ يكون مُتشرِّعا.

٤- الاجتهادُ الاستثنائي يحتلّ في الاجتهاد المالكيّ حيِّزا كبيرا؛ فأصلُ الاستحسان وأصلُ سدِّ الذَّرائع وأصلُ مُراعاة الخلاف هي أصول مَبناها على مفهوم الاستثناء التَّشريعيِّ.

٥- الاجتهادُ الاستثنائي يُعدُّ من الغُرَر اللّائحة في المذهب المالكيِّ؛ إذْ إنَّ هذا المبدأ يُتَلافى به ما في التَّطبيق الآليّ غيرِ المتبصِّر للنّصوص والأحكام التَّجريديَّة على الواقع من غير لحظٍ للمُلابَسات وما ينشأ حالَ التَّطبيق من ظُروفٍ لم يكُن منظورًا إليها في الحكم التَّجريديِّ الأَوَّليّ.

٦- الاجتهادُ الاستثنائيُّ وما يقوم عليه من أصول اجتهاديَّة يَكتَسِبُ محلّا راقيا في صلوحيَّة هذه الشَّريعة لكلِّ زَمان ومكان؛ ذلك أنَّ طبيعة الحياة تَقتضي التَّغيُّرَ والتَّحوُّلَ، ومن لوازِم هذا التَّحوُّل أن تتبدَّل كثيرٌ من مصالح الخلق. وعلى هذا الأساس فإنَّ الاجتهاد الاستثنائيَّ ممَّا يُخوِّل للمجتهد أنْ يُراعي ما استجدَّ من مصالح وما استحدث من مفاسد، ويَبْني على وَفقها الحُكْمَ الأقربَ إلى منهج الشَّرع ومقاصِده؛ دونَ جُمود على بعض الأحكام الاجتهادِية التي كان مَناطُ اعتبارها مصالحَ ارتفع مُوجِبُها وتغيَّر مُقتضيها.

٧- السِّياسةُ الشرعيةُ تَستمِدُّ أحكامَها الشَّرعيَّة من مَعِين رَوافِدِ الاجتهاد المصلحيّ ممثَّلا في أصل المصالح المرسلة وأصل الاستحسان وأصل سدّ الذرائع: فهذه الأصولُ تكفُل لأُولي الأَمْرِ السّبلَ الشَّرعيَّة ليحقّقوا للأمَّة مصالحها وما يعود عليها بالنَّفع العميم. كما أنّ هذه الأصول الاجتهاديَّة تَكفُل إيجادَ السُّبل لمواجهة الفساد

الذي يعرض للأمة أو يتهددها داخليًا وخارجيًا. على أنْ لا يُتَّخذ ذلك ذريعةً للظلم والفَساد؛ إذ اعتبارُ هذه الخطط يُراعَى فيها تحقيقُ المصلحة الشَّرْعية المعتبرة المقدَّرة من أهل الدِّراية والمعرفة؛ أمَّا أنْ يُجعل من ذلك وسيلةً لتثبيت الظلم وأهله، وقمع الطَّالب للحق والمنافح عنه، فذلك من الحَيْدة عن الشَّرْع.

٨- إنَّ الاجتهادَ المصلحيَّ في المذهب المالكيّ لم يكُن قاصِرًا على إمام المذهب وحَسْب؛ بل إنَّ النَّظر المصلحيَّ لائحُ في فقه المذهب كلِّه؛ فهو مُمتدٌّ من تلامذة مالِكٍ إلى العُصور المتأخِّرة.

ومن اللَّافِت للانتباه -مِمَّا عرضتُه في شواهد الاعتبار للأصول الاجتهاديَّة في مذهب المالكيَّة- أنَّ المالكيَّةَ المتأخِّرين على ما كانوا فيه من تَقْليد لم يكونوا جامِدين على مأثور أقوال مالِكٍ وأصحابه، وإنَّما كانوا يميلون كثيرا فيما يجتهدون فيه إلى رَعْيِ المصالح والنَّظرِ إليها والاعتبار بها في تشكيل الحُكم؛ بخاصَّة في الأمور التي أثَّرت في تشكيل الحكم المأثور والمشهور. على أنَّ بعض ما ذَهَبُوا إليه فيما جَرَى به العَمَل، مِمَّا يُنظَر فيه، لمخالفة بعض الأدلة المعتبرة.

٩- من الأمور التي توصَّلتُ إليها في هذا البحث أنَّ الأدلَّة التي يسوقها المخالفون للمالكيَّة في حُجيَّة بعض الأصول الاجتهاديَّة ثمَّ بِناء الاعتراضات عليها، كما وَقع في المصالح المرسلة والاستحسان- : هي أدلَّةٌ غيرُ دالَّة على مُراد المالكيَّة، بل إنَّ غالب تلك الأدلَّة ليست هي مُتمسَّكاتِ المالكيَّة الحقيقيَّة؛ لذلك وَجَبَ أنْ يُحقَّق فيما

يُورَدُ من أدلَّة لإثبات قولٍ أو نفيه.

١٠- وممَّا خَلصَتْ إليه الدِّراسةُ: أنَّ بعض المصطلحات الأصوليَّة تتَّجه من التَّعميم إلى التَّضييق في السَّيْرورة التَّاريخية؛ فتحديدُ الحقائق في البَدْء يكون فيه شيءٌ من الصُّعوبة التي تُؤدِّي إلى إعْطاء مُقارَباتٍ لهذا المفهوم، وهذه المقارَباتُ من طبيعتها أنْ تكون عامَّةً، لكنْ بالتَّناوُل المستمِرِّ لهذه الحقائق، وبالاستقراء المتواصِل والتَّراكُمات المعرفيَّة-: تَنقَّحَتْ تلك الحقائقُ عمَّا شابَها من إدْخال بعض المعاني فيها، وليست منها. وهذا ما تمثَّل بجلاء في مُصطلح الاستحسان.

١١- من أهمِّ ما خَلَصَتْ إليه الدِّراسةُ الوُقوف على أهميَّة المصلحة الحاجيَّة في الاجتهاد التَّشريعيّ؛ لأنَّ المصالح الضَّروريَّة من الأُمور التي لا تَحتاج إلى استدلالٍ أو تقرير؛ لأنَّ اعتبارها ممَّا يدخل في طِباع النَّاس ضرورة.

التَّوصيات

والتَّوصيات التي انقدحت في الذِّهن مسيرة تناول الموضوع تتمثَّلُ فيما يلي:

أوَّلا: ممَّا أقترِحُه أنْ تُدرس القواعِدُ المصلحيَّةُ التي يقوم على أساسها مَنهَج الاستثناء في التَّشريع الإسلاميّ. وقد ذكرتُ في كلٍّ من أصلِ الاستحسان وأصل مراعاة الخلاف ما قدرت على استخلاصه من قَواعدَ مصلحيَّةٍ كانت أساسًا لعمليَّة الاستثناء والعُدول عن أصل الدَّليل: كقاعدة المعروف، وقاعدة الضَّرر، وقاعدة التَّبرئة من التَّكليف، وقاعدة الاحتياط...

وتكون دراسةُ ذلك باستقراء الأحكام الشَّرعيَّة الواردة على خِلاف القِياس الظاهِر؛ لأنَّ هذه الأحكامَ إنَّما خالفت أصلَها لمَّا عارضتها بعضُ القواعد الشَّرعيَّة المصلحيَّة؛ فلو استُقرئت هذه الأحكامُ لكان من الممكن أنْ نَأتِيَ على ضبط منطق العُدول عن الدَّليل الأصليّ.

وفي ضمن ذلك تُدْرَسُ مُقتَضَياتُ العُدولِ عن الحكم الأصليِّ في كلِّ المذاهب الفقهيَّة ليخرج في الأخير بنظريَّة عامَّة تقوم بمبدأ الاستثناء في التَّشريع والفقه الإسلاميِّ.

كما تُدرَسُ كتبُ الفروق الفقهية، فهي مَنبَعٌ ثَرٌّ لكثير من مَعاني العُدول عن الأدلة الأصلية والأصول الظاهرة في المذهب إلى

غيرها، اجتهادًا. كما يُعتَنى بكتب الخلاف العالي، ففيها مادةٌ جيِّدةٌ في هذا الموضوع.

ثانيا: ممَّا أُلمِعُ إليه في هذا المقام: ضرورةُ دراسة كُتُب النَّوازل والفتاوى لدَى المالكيَّة دراسةً معمَّقة؛ وذلك لإبراز النَّواحي الآتية:

* لحظُ الحاجات العامَّة التي طَرَأَت على الأمَّة والمجتمعات في مُختلف القرون والبيئات، وكيف كان تعامُل المالكيَّة مع ذلك.
* تلمُّح مَدَى الاتِّساع والتَّضييق في الاجتهاد المصلحيِّ في مُختَلَف العُصور وربطُ ذلك بالوضع العامِّ للأمَّة، ومَدَى أثر تخلُّف الاجتهاد المصلحيِّ في تخلُّف الأمَّة؛ مع إبراز عوامل فُتور الاجتهاد المصلحي أو انحرافه أو رُكوده أو تحقّقه.

ثالثا: من المقترحات التي أبسُطُها في هذه التَّوصيات: دراسةُ المصطلح الأصوليِّ دِراسَةً تاريخيَّة في تطوّر مفهومِه، واختلافِ مضمونه في السيرورة التَّاريخيَّة لتدْوين علم الأصول، ودراسة الاختلافات في مفاهيم المصطلحات بين مُختلف المذاهب؛ كما تُعْنَى الدِّراسةُ بلَحْظ الفَوارِقِ بين الاصطلاح عهدَ التَّدوين، وبين الاصطلاح قبل التَّدوين. ثمَّ يُبحَث في مَدَى أثرِ هذا التَّطوُّرِ في الاختلاف بين الأصوليِّين في مسائل علم أصول الفقه.

رابعا: دراسةُ مَدَى الارتباط بين المذهبين المالكيِّ[1] والحنفيِّ

(١) خاصَّة عبد الرحمن بن القاسم.

في المنهج الاجتهاديِّ، وعوامِل هذا الارتباط والتَّأثُّر؛ وهذا ممَّا يَكفُل التَّقريبَ بين المذاهب وتَقليلَ الخلاف؛ لأنَّ اتِّحاد المنطق الاجتهاديِّ بين المذاهب ممَّا يُحجِّمُ مساحةَ الخلاف. ولستُ أعني من تقليل مساحَة الخلافِ الخلافَ المأثورَ؛ وإنَّما أعْني الخلافَ المتوقَّعَ حُدوثُه في النَّوازل الحادثة.

تمَّ بحمد الله وحسن عونه



الفهارس

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس المصادر والمراجع

- الأصمعي، عبد الملك بن قريب، فحولة الشعراء، تحقيق محمد عودة أبو جري، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ١٤١٤هـ.
- الآمدي، علي بن محمد (ت٦٣١هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، (اعتنى به: سيد الجميلي)، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ.
- أحمد، ابن حنبل (ت٢٤١هـ)، المسند، تحقيق شعيب الأناؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ.
- الألباني، محمد ناصر الدين(ت١٤٢٠هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ.
- سلسلة الأحاديث الصحيحة، دار المعارف، الرياض.
- صحيح سنن ابن ماجه، مكتب التربية العربي، الرياض، ١٩٨٦م.
- الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، (دت).
- الإيجي، عضد الدين (ت٧٥٦هـ)، شرح مختصر المنتهى الأصولي، (تحقيق محمد حسن إسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ.
- الباجي، سليمان بن خلف (ت٤٧٤هـ)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ.
- الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، (تحقيق محمد علي فركوس)، المكتبة المكية، مكة، ط١، ١٤١٦هـ.

- كتاب الحدود في الأصول، تحقيق نزيه حماد، مؤسسة الزعبي للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٣م.
- المنتقى شرح الموطّا، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٣١هـ.
- المنهاج في ترتيب الحجاج، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٧م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل (ت٢٥٦هـ)، الصحيح، (اعتنى به مصطفى البغا)، دار ابن كثير، بيروت، ١٤٠٧هـ.
- البرزلي، أبو القاسم بن أحمد (ت٨٤١هـ)، جامع مسائل الأحكام لما نـزل من القضايا بالمفتين والحكام، (تحقيق محمد الحبيب الهيلة)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ٢٠٠٢م.
- البصري، أبو الحسين محمد بن علي (ت٤٣٦هـ)، المعتمد في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، (دت).
- البَنَّاني، محمد بن الحسن (ت١١٩٤هـ)، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزُّرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.
- البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٤٠٦هـ.
- البيهقي، أحمد بن الحسين (٤٥٨هـ)، السنن الكبير، مكتبة دار الباز، مكة، ١٤١٤هـ.
- التاودي، محمد بن الطالب بن سودة (ت١٢٠٩هـ)، شرح لامية الزقاق، مطبعة الأمنية، الرباط، ١٩٥٥م.
- الترمذي، محمد بن عيسى (ت٢٧٩هـ)، الجامع، أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- التسولي، علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، وبذيله: حلى المعاصم لفكر ابن عاصم للتاودي أبي عبد الله محمد، دار الفكر، بيروت١٤١٢هـ.

- التلمساني، الشريف محمد بن أحمد (ت٧٧١هـ)، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، (تحقيق محمد علي فركوس)، دار تحصيل العلوم، الجزائر، ط١، ١٤٢٠هـ.
- التنبكتي، أحمد بابا (ت١٠٣٦هـ)، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، ١٤٢٣هـ.
- كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، (تحقيق عبد الله الكندري)، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.
- ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم (ت٧٢٨هـ)، بيان الدليل في بطلان التحليل، (تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي)، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.
- الفتاوى الكبرى، (تحقيق حسنين محمد مخلوف)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ.
- قاعدة في الاستحسان، (تحقيق محمد عزير شمس)، دار عالم الفوائد، ط١، ١٤١٩هـ.
- مجموع الفتاوي، (جمع عبد الرحمن بن محمد قاسم وابنه محمد)، مكتبة المعارف، الرباط، (دت).
- آل تيمية، أبو البركات مجد الدين (ت٦٥٢هـ) وعبد الحليم (ت٦٨٢هـ) وأحمد (ت٧٢٨هـ)، المسودة في أصول الفقه، (تحقيق أحمد الذروي)، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.
- الثعالبي، أبو منصور (ت٤٣٠هـ)، يتيمة الدهر في محاسن أهل العصر، (اعتنى به: مفيد قميحة)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.
- الجرجاني، عبد العزيز (ت٣٦٦هـ)، الوساطة بين المتنبي وخصومه، (تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، وعلي البجاوي)، عيسى البابي الحلبي، القاهرة، (دت).

- ابن جزي، محمد بن أحمد (ت٧٤١هـ)، تقريب الوصول إلى علم الأصول، (تحقيق محمد المختار الشنقيطي)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله (ت٤٧٨هـ)، البرهان في أصول الفقه، (تحقيق عبد العظيم الديب)، دار الوفاء، مصر، ط٢، ١٤١٨هـ.
- غياث الأمم في التياث الظلم، (تحقيق عبد العظيم الديب)، الدوحة، ١٩٨١هـ.
- التلخيص في أصول الفقه، (تحقيق عبد الله النيبالي وشبير العمري)، مكتبة دار الباز، مكة، ط١، ١٤١٧هـ.
- الجيدي، عمر بن عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المغرب، ١٩٨٢م.
- ابن حبان، محمد البستي (٣٥٤هـ) الصحيح، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٤هـ.
- ابن حجر، أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، (اعتنى به عادل عبد الموجود وعلي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ.
- الحجوي، محمد الحسن، الفكر السَّامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- حسين، محمد الخضر (ت١٩٥٨م)، دراسات في الشريعة الإسلامية، جمعه علي الرضا التونسي، ١٩٧٥م، (دن).
- رسائل الإصلاح، مكتبة القُدْسي، القاهرة، ١٩٣٩م.
- الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، اعتنى به علي الرضا التونسي، ١٩٧١م، (دن).
- نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٣٤٤هـ.

- حسين، محمد علي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، عالم الكتب، بيروت، (دت).
- الحطاب، محمد بن محمد (٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، (دت).
- حلولو، أحمد عبد الرحمن (ت٨٩٥هـ أو ٨٩٨هـ)، التوضيح في شرح التنقيح، المطبعة التونسية، تونس، ١٣٢٨هـ.
- الخِرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، (دت).
- ابن خلدون، عبد الرحمن (ت٨٠٨هـ)، المقدمة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢م.
- الدارقطني، السنن، (تحقيق عبد الله هاشم يماني)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٣هـ.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت٢٧٥هـ)، السنن، (تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ت).
- الدبوسي، أبو زيد عبيد الله بن عمر (ت٤٣٠هـ)، تقويم الأدلة في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ.
- الدردير، أحمد بن محمد العدوي (ت١٢٠١هـ)، الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي عليه، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (دت).
- الشرح الصغير، مع بلغة السالك للصاوي، (تحقيق مصطفى كمال وصفي)، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢م.
- الدريني، محمد فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤١٨هـ.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت١٢٣٠هـ)، الحاشية على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية، (دت).

- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر (ت٦٠٦هـ)، المحصول في علم الأصول، (تحقيق جابر فياض العلواني)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤١٨هـ.
- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد (ت٧٩٥هـ)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، (تحقيق شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، ١٤٢٣هـ.
- الرحيباني، مصطفى بن سعد، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، (دت).
- ابن رشد، محمد بن أحمد (ت٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٨هـ.
- مسائل أبي الوليد بن رشد الجد، (تحقيق محمد الحبيب التجكاني)، دار الجيل، بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ.
- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ. وطبعة دار الغرب الإسلامي.
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد (ت٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (تحقيق عبد المجيد طعمة)، دار المعرفة، ببيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ.
- الضروري في أصول الفقه، (تحقيق جمال الدين العلوي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
- ابن رشيق، الحسين بن عتيق (ت٦٣٢هـ)، لباب المحصول في علم الأصول، (تحقيق محمد غزالي عمر جابي)، دار البحوث للدراسات الإسلامية، الإمارات، ط١، ١٤٢٢هـ.
- الرَّصاع، محمد بن قاسم (ت٨٩٤هـ)، شرح حدود بن عرفة، (تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٣م.

- الرُّهوني، يحي بن موسى (ت٧٧٣هـ)، تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول، (تحقيق الهادي شبيلي)، دار البحوث للدراسات الإسلامية، الإمارات، ط١، ١٤٢٢هـ.
- الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الكلمة، مصر، ط١، ١٤١٨هـ.
- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني (ت١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، (تحقيق عبد الكريم العزباوي وآخرين)، مطبعة حكومة الكويت، ١٣٨٦هـ.
- الزُّرقاني، عبد الباقي بن يوسف (ت١٠٩٩هـ)، شرح مختصر خليل، اعتنى به عبد السلام أمين، دار الكتب العمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.
- الزّركشي، بدر الدين محمد بن بهادر (ت٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، القاهرة.
- تشنيف المسامع بجمع الجوامع، (تحقيق عبد الله ربيع وسيد عبد العزيز)، مكتبة قرطبة، القاهرة،ط٢، ١٤١٩هـ.
- المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت.
- زرّوق، أحمد الفاسي، شرح الرسالة، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.
- أبو زهرة، محمد، مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧م.
- أبو زيد، بكر بن عبد الله، المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل وتخريجات الأصحاب، دار العاصمة، الرياض، ط١، ١٤١٧ هـ.
- ابن أبي زيد، عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني (ت٣٨٦هـ)، الجامع في السنن والآداب والحكم [الكتاب هو الجامع من «مُختصر المدونة»]، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٠م.
- الذّبُّ عن مذاهب مالك، مخطوط بمكتبة تشستربيتي، رقم ٤٤٧٥ .

- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، (تحقيق عبد الفتاح الحلو وآخرين)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٩م.
- الزيلعي، عبد الله بن يوسف (ت٧٦٢هـ)، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق محمد البنوري، دار الحديث، القاهرة، ١٣٥٧هـ.
- السبكي، عبد الوهاب بن علي (ت٧٧١هـ)، الإبهاج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت).
- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ.
- طبقات الشَّافعيّة الكبرى، (تحقيق محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو)، هجر، القاهرة، ط٢، ١٤١٣ هـ.
- السجلماسي، محمد بن أبي القاسم (ت١٠٥٧هـ)، شرح اليواقيت الثمينة، (تحقيق عبد الباقي بدوي)، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ.
- سحنون، ابن سعيد التنوخي (ت٢٤٠هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد (ت٥٣٩هـ)، ميزان الأصول في نتائج العقول، (تحقيق محمد زكي عبد البر)، مطابع الدوحة الحديثة، قطر، ط١، ١٤٠٤هـ.
- ابن السّمعاني، منصور بن محمد (ت٤٨٩هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.
- السنوسي، عبد الرحمن بن معمر، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، السعودية، ط١، ١٤٢٤هـ.
- مراعاة الخلاف، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢٠هـ.
- الشَّاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت٧٩٠هـ)، الاعتصام، (تحقيق مشهور ابن حسن)، مكتبة التوحيد، المنامة، ط١، ١٤٢١هـ.

- فتاوى الإمام الشاطبي، (جمع محمد أبو الأجفان)، مكتبة العبيكان، الرياض، ط٤، ٢٠٠١م.
- الموافقات، تحقيق وشرح عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.
- الشافعي، محمد بن إدريس (ت٢٠٤هـ)، الرسالة، (تحقيق أحمد محمد شاكر)، مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥٨هـ.
- شقرون، محمد، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط١، ١٤٢٣هـ.
- الشنقيطي، محمد الأمين (ت ١٣٩٣هـ) مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، (اعتنى به سامي العربي)، دار اليقين، مصر، ١٤١٩هـ.
- نثر الورود على مراقي السعود، (تحقيق وتتمة محمد ولد سيدي ولد حبيب)، دار المنارة، جدة، ط١، ١٤١٥ هـ.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر (ت٢٣٥هـ)، المصنف، دار الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ.
- ابن الشيخ، محمد الأمين ولد محمد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط١، ١٤٢٣هـ.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت٤٧٦هـ)، شرح اللمع، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤٠٨ هـ.
- الصاوي، أبو العباس أحمد، بلغة السالك في إلى أقرب المسالك، تحقيق مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢م.
- الصنهاجي، أبو الشتاء بن الحسن الغزي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، (صححه أحمد بن أبي الشتاء)، مطبعة الأمنية، الرباط، ط٢، ١٩٥٥م.
- الطبراني، سليمان بن أحمد (٣٧٠هـ)، المعجم الكبير، (تحقيق حمدي عبد المجيد السَّلَفي)، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ١٤٠٤هـ.

- الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبد القوي (ت٧١٦هـ)، كتاب التعيين شرح الأربعين، (تحقيق أحمد حاج محمد بن عثمان)، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ط١، ١٤١٩هـ.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت).
- ابن عاشور، محمد الطاهر (ت١٣٩٣هـ)، أليس الصبح بقريب، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، (دت).
- التحرير والتنوير، الدر التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٤م.
- حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، مطبعة النهضة، تونس، ط١، ١٣٤١هـ.
- النظر الفسيح عند مضايق الأنظار في الجامع الصحيح، الدار العربية للكتاب، ليبيا - تونس، ١٣٩٩هـ.
- مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط٢، ١٤٢١هـ.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت٤٦٣هـ)، الاستذكار، (اعتنى به: محمد علي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ.
- التمهيد لما في المُوطَّأ من المعاني والأسانيد، مكتبة المؤيد، ط١، ١٣٨٧هـ إلى ١٤١٠هـ.
- جامع بيان العلم وفضله، (تحقيق أبي الأشبال الزهيري)، دار ابن الجوزي، الدمام، ط، ١٤١٩هـ.
- عبد الرزاق، ابن همام الصنعاني (ت٢١١هـ)، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ.
- ابن عبد السلام، أبو عبد الله محمد الهواري (ت ٧٤٩هـ)، تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب (من أول البيوع إلى نهاية خيار

التروي)، تحقيق: سالم مفتاح علي مبارك، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الإجازة العالية (الماجستير)، جامعة الفاتح، كلية الآداب، قسم اللغة العربية، الجماهيرية الليبية، العام الجامعي ٢٠٠٣-٢٠٠٤ف.
- عبد الوهاب، القاضي ابن نصر البغدادي (ت٤٢٢هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، (تحقيق الحبيب بن طاهر)، دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٠هـ.
- المعونة على مذهب أهل المدينة، اعتنى به محمد إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ.
- العتبي، محمد القرطبي (ت٢٥٥هـ): العتبية، مع شرحها: البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٨هـ.
- العجلوني، إسماعيل بن محمد (ت١١٦٢هـ)، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر على ألسن الناس، دار التراث الإسلامي، القاهرة، [تصوير طبعة حُسام الدين القُدْسي].
- العدوي، علي الصعيدي، الحاشية على كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، بيروت.
- الحاشية على شرح الخِرشي على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.
- العراقي، أبو زرعة أحمد بن زين الدين (ت٨٢٦هـ): الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، (اعتنى به حسن قطب)، الفاروق الحديثية، القاهرة، ط١، ١٤٢٠هـ.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله المَعافري (ت٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت).
- عارضة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.
- قانون التأويل، (تحقيق محمد السليماني)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٠م.

- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، (تحقيق محمد ولد كريم)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٢م. واعتمدت كذلك على النسخة التي حققها: أيمن نصر وعلاء إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ.
- المحصول في أصول الفقه، (تحقيق حسين اليدري)، دار البيارق، عمّان، ط١، ١٤٢٠ هـ.
- العطار، حسن بن محمد، حاشيته على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن عطيّة، أبو محمد عبد الحق بن غالب (ت٥٤٦هـ): المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، (عبد الله الأنصاري وآخرين)، قطر، ط١، ١٣٩٨هـ.
- العلمي، علي بن عيسى، النوازل، وزارة الأوقاف المغربية، ١٤٠٩هـ.
- العلوي، عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي (ت١٢٣٠هـ)، نشر البنود على مراقي السعود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ.
- علي، محمد إبراهيم أحمد، اصطلاح المذهب، دار البحوث، الإمارات، ط١، ١٤٢١هـ.
- عِليش، محمد بن أحمد (ت١٢٩٩هـ)، منح الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.
- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، بيروت.
- أبو عمران، عبيد بن محمد الفاسي الصنهاجي، النظائر في الفقه المالكي، اعتنى به جلال الجهاني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ.
- عياض، أبو الفضل بن موسى اليحصبي (ت٥٤٤هـ)، إكمال المعلم بفوائد مسلم، (تحقيق يحي إسماعيل)، دار الوفاء، مصر، ط١، ١٤١٩هـ.
- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، (تحقيق أحمد بكير محمود)، دار مكتبة الحياة، بيروت، (دت).

- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت٥٠٥هـ)، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، (تحقيق حمد الكبيسي)، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩٠هـ.
- المستصفى من علم الأصول، (تحقيق محمد سليمان الأشقر)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ.
- الفاسي، علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء.
- الفاسي، أبو حفص عمر (ت١١٨٨هـ)، تحفة الحذاق في شرح لامية الزقاق، فاس، (دن)، ١٨٨٨م، طبعة حجرية.
- الفتوحي، تقي الدين أبو البقاء (ت٩٧٢هـ)، شرح الكوكب المنير، (تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد)، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٣م.
- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي (ت٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام عن أصول الأقضية ومناهج الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ.
- الديباج المذهب في أعيان المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ.
- كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، (تحقيق حمزة أبو فارس وعبد السلام الشريف)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط، ١٩٩٠م.
- الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصطفى البابي الحلبي، ١٩١٣م.
- ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم (ت٢٧٦هـ)، المعارف، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت٦٨٤هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، (تحقيق عبد الفتاح أبو غدة)، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٣٨٧هـ.
- دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

- شرح تنقيح الفصول، (تحقيق طه عبد الرؤوف سعد) مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٣٩٣هـ.
- أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، بيروت.
- نفائس الأصول في شرح المحصول، مكتبة نزار الباز، مكة، ط٢، ١٤١٨هـ.
- القرطبي، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم (ت٦٥٦هـ): المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، دار ابن كثير، بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت٦٧١هـ): الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٧م.
- ابن القصار، علي بن عمر (ت٣٩٧هـ)، المقدمة في الأصول، (تحقيق محمد السليماني)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٦م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت.
- بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، (دت).
- الكلوذاني، أبو الخطاب محفوظ بن أحمد (ت٥١٠هـ)، التمهيد في أصول الفقه، (تحقيق مفيد أبو عمشة)، المكتبة المكية، مكة، ط٢، ١٤٢١هـ.
- اللقاني، إبراهيم بن إبراهيم (ت١٠٤١هـ)، منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، (تحقيق عبد الله الهلالي)، وزارة الأوقاف المغربية، ٢٠٠٢م.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد (ت٢٧٥هـ)، السنن، (اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت، (دت).
- المالقي، الشعبي، الأحكام، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- مالك، ابن أنس (ت١٧٩هـ)، المُوطَّأ برواية يحي بن يحي الليثي، (اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
- المرداوي، علي بن سليمان (ت٨٨٥هـ)، التحبير شرح التحرير، تحقيق عبد الرحمن الجبرين وآخرين، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ.

- المشاط، حسن بن محمد (ت١٣٩٩هـ)، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة، تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيوت، ط٢، ١٤١١هـ.
- المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد (ت٧٥٨هـ)، القواعد، (تحقيق أحمد بن حميد)، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة، (دت). واعتمدت النسخة المحققة من قبل: محمد الدَّردابي؛ وهي رسالة دكتوراه في المغرب؛ وهي نسخة كاملة للكتاب، بخلاف النسخة السابقة فإنها تنتهي إلى أبواب العبادات.
- المنجور، أحمد بن علي (ت٩٩٥هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق محمد الشيخ الأمين، دار عبد الله الشنقيطي(دت).
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي (ت٧١١هـ)، لسان العرب، دار الصادر، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ.
- المواق، محمد بن يوسف (ت٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ.
- ميارة، محمد بن أحمد الفاسي (ت١٠٧٢هـ)، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام.
- الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج، تحقيق محمد فرج الزائدي، منشورات إقا، مالطا، ٢٠٠١م.
- ابن ناجي، قاسم بن عيسى (ت٨٣٧هـ)، شرح الرسالة، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
- النسائي، أحمد بن شعيب (ت٣٠٣هـ)، السنن «المجتبى»، دار الكتاب العربي، بيروت، (دت).
- ابن النديم، محمد بن إسحاق (ت٣٨٥هـ)، الفهرست، دار المعرفة،

بيروت، ط٢، ١٤١٧هـ.
- النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدَّواني في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت.
- الهيتمي، أحمد بن محمد، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الوزاني، المهدي، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس، (اعتنى به: هاشم العلوي)، وزارة الأقواف المغربية، ١٤٢٢هـ.
- حاشية على شرح التاودي على لامية الزقاق، (دن)، فاس، ١٩١٥م (طبعة حجرية).
- حاشية على شرح التَّاودي على تحفة ابن عاصم، (دن) (دت)، فاس (طبعة حجرية).
- المعيار الجديد، تحقيق محمد عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميَّة، المغرب، ١٤١٩هـ. واعتمدت الطبعة الحجرية: (دن)، فاس، ١٩١٠م.
- الونشريسي، أحمد بن يحي (ت٩١٤هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، (تحقيق أحمد الخطابي)، الرباط، ١٤٠٠ه.
- عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، (تحقيق حمزة أبو فارس)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤١٠هـ.
- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ.
- الهواري، عبد السلام بن محمد، حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق، (دن)، فاس، ١٩١٦م، طبعة حجرية.
- اليافعي، عبد الله بن أسعد (ت٧٦٨هـ)، مرآة الجنان وعبرة اليقظان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ.

❁❁❁

محتويات الكتاب

الفصل الثَّاني

الاستحسانُ في المذهب المالكيّ

٢٣٧ - ٤١٠

الفصل الثَّالث

سدّ الذرائع في المذهب المالكيّ ٤١١ - ٥٧٠

الفصل الرَّابع

مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ ٥٧١ - ٦٧٤



تم الإخراج بشركة غراس للطباعة والنشر والتوزيع
- هاتف ٢٤٨١٩٠٣٧ - فاكس ٢٤٨٣٨٤٩٥ - الكويت